

Gerhardt • v. Heintschel-Heinegg • Klein

Handbuch Familienrecht

Herausgegeben von

Dr. Peter Gerhardt

Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht a.D.

Prof. Dr. Bernd von Heintschel-Heinegg

Rechtsanwalt

Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht a.D.

Vorsitzender Richter am Bayerischen Obersten Landesgericht a.D.

Michael Klein

Rechtsanwalt

Fachanwalt für Familienrecht

12. Auflage

Leseprobe

Luchterhand Verlag 2021

Zitierhinweis: Gerhardt u.a., Hdb. FamR/*Bearbeiter* Kap. ... Rdn. ... oder
Hdb. FamR/*Bearbeiter* Kap. ... Rdn. ...

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-472-09673-3

www.wolterskluwer.de

Alle Rechte vorbehalten.

© 2021 Wolters Kluwer Deutschland GmbH, Wolters-Kluwer-Straße 1, 50354 Hürth.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Verlag, Herausgeber und Autoren übernehmen keine Haftung für inhaltliche oder drucktechnische Fehler.

Umschlagkonzeption: Martina Busch, Grafikdesign, Homburg Kirrberg

Satz: Datagroup-Int SRL, Timisoara, Romania

Druck und Weiterverarbeitung: CPI, Deutschland

Gedruckt auf säurefreiem, alterungsbeständigem und chlorfreiem Papier.

Vorwort

Das Handbuch Familienrecht (bis zur 11. Aufl. *Handbuch des Fachanwalts Familienrecht*) ist seit seinem Erscheinen zeitgleich mit der Einführung des Fachanwalts für Familienrecht im Jahre 1997 ein Klassiker im Familienrecht und ein unentbehrlicher Ratgeber für alle im Familienrecht tätigen Rechtsanwälte/innen und Richter/innen. Zahlreiche Gesetzesänderungen und die weiterhin umfangreiche neue Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und der Oberlandesgerichte erforderten drei Jahre nach Erscheinen der 11. Auflage wiederum eine Neuauflage.

Eingearbeitet wurden in der 12. Auflage die neueste Rechtsprechung des BGH und der Oberlandesgerichte bis Mai 2021, z.B. zur konkreten Bedarfsermittlung beim Ehegattenunterhalt, zur Fortschreibung der Düsseldorfer Tabelle bei guten Einkommensverhältnissen, zum Abzug von Tilgungen bei Immobilienschulden und zur Bewertung von Unternehmen, alle gesetzlichen Änderungen und Neuerungen wie das Angehörigen-Entlastungsgesetz und das Familienentlastungsgesetz, die Corona-Hilfsmaßnahmen, die Änderungen zum Kindergeld und die neuen Steuerfreibeträge. Zahlreiche Rechenbeispiele helfen zu einer verständlichen Umsetzung der kaum mehr überschaubaren familienrechtlichen Rechtsprechung in der Praxis. Den Unterhaltsberechnungen liegen die ab 01.01.2021 geltende Düsseldorfer und Bremer Tabelle sowie die seit 01.01.2021 geltenden Unterhaltsleitlinien der einzelnen Oberlandesgerichte zugrunde.

Die vielen Gesetzesänderungen und die umfangreiche neue Rechtsprechung erforderte eine umfassende Überarbeitung aller Kapitel. Das Kapitel 10 zum sonstigen Vermögensrecht – »Nebengüterrecht« – wurde wegen der stark gestiegenen Bedeutung in der Praxis neu gefasst und deutlich erweitert. Wegen des durch die vielen Ergänzungen zu großen Umfangs des Buches wurde das bisherige Kapitel 21 (»Musterschreiben«) gestrichen, nachdem der Verlag ein umfangreiches Formularbuch des Fachanwalts Familienrecht von Jüdt, Kleffmann und Weinreich herausgibt. Bei den Autoren erfolgte in einigen Kapiteln durch sehr kompetente und fachkundige Nachfolger aus verschiedenen OLG-Bezirken ein weiterer Generationenwechsel, der neuen Ideen Raum gibt.

Der Fachanwalt Familienrecht gehört zu den verbreitetsten Fachanwälten. Mit dem Handbuch erhält jeder praktizierende oder angehende Fachanwalt, aber auch jeder Nicht-Fachanwalt ein Werk, das ihn in formeller und materieller Hinsicht umfassend über alle Probleme der gerichtlichen und anwaltlichen familienrechtlichen Praxis informiert und praxisnahe Lösungen bietet. Alle nach der Fachanwaltsordnung benötigten Wissensgebiete werden eingehend abgehandelt. Sämtliche Autoren sind erfahrene Praktiker und langjährige Referenten in der Fachanwaltsausbildung und -fortbildung.

Die Darstellung ist von dem Bestreben geleitet, das materielle wie formelle Familienrecht praxisnah so aufzubereiten, dass die Einzelprobleme von ihrer Entstehung her verständlich sowie richtig eingeordnet sind und dadurch zutreffend gelöst werden. Diesem Ziel dienen auch die Aufbauschemata und die zahlreichen Beispiele.

Für die vielen Anregungen aus der Praxis möchten wir uns sehr herzlich bedanken.

An alle Leser richtet sich weiterhin unsere Bitte um Anregungen für Verbesserungen.

Peter Gerhardt
Bernd von Heintzel-Heinegg
Michael Klein

München
Straubing
Regensburg

Bearbeiterverzeichnis

Dr. Peter Gerhardt

Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht a.D.

Prof. Dr. Bernd von Heintschel-Heinegg

Rechtsanwalt, Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht a.D., Vorsitzender Richter am Bayerischen Obersten Landesgericht a.D.

Dr. Ludwig Bergschneider

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Familienrecht

Gretel Diehl

Vorsitzende Richterin am Oberlandesgericht a.D.

Christian Feskorn

Vorsitzender Richter am Kammergericht

Dr. Julian Fuchs

Richter am Oberlandesgericht

Alexander Ganz

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Familienrecht

Eckart Hammermann

Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht

Dr. Jan Heisel

Notar

Beate Jokisch

Richterin am Oberlandesgericht

Gerhard Kaßing

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Familienrecht

Dr. Monika Keske

Direktorin des Amtsgerichts a.D.

Gernot Kintzel

Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht

Marion Klein

Rechtsanwältin, Fachanwältin für Familienrecht

Dr. Doris Kloster-Harz

Rechtsanwältin, Fachanwältin für Familienrecht, Mediatorin

Bernd Kuckenburg

Rechtsanwalt, vereidigter Buchprüfer, Fachanwalt für Familienrecht und Steuerrecht, Mediator

Dr. Renate Perleberg-Kölbel

Rechtsanwältin, Fachanwältin für Familienrecht, Insolvenzrecht und Steuerrecht, Mediatorin

Dr. Marcus Rolfes, LL.M.

Rechtsanwalt und Notar, Fachanwalt für Versicherungsrecht, Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht

Dr. Franz-Thomas Roßmann

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Familienrecht

Bearbeiterverzeichnis

Prof. Dr. Alexander Schwonberg

Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht

Andreas Wagner

Richter am Oberlandesgericht

Maren Waruschewski

Rechtsanwältin, Fachanwältin für Familienrecht

Gerd Weinreich

Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht a.D., Rechtsanwalt

Im Einzelnen haben bearbeitet:

Kapitel 1	Schwonberg/Feskorn
Kapitel 2	v. Heintschel-Heinegg
Kapitel 3	Waruschewski
Kapitel 4	Jokisch
Kapitel 5	Rolfes
Kapitel 6	Gerhardt/Fuchs/Kintzel
Kapitel 7	Wagner
Kapitel 8	Kaßing/Weinreich
Kapitel 9	Hammermann/Roßmann
Kapitel 10	Marion Klein
Kapitel 11	Weinreich
Kapitel 12	Bergschneider
Kapitel 13	Kuckenburg/Perleberg-Kölbel
Kapitel 14	Diehl
Kapitel 15	Ganz
Kapitel 16	Kintzel
Kapitel 17	Keske
Kapitel 18	Perleberg-Kölbel
Kapitel 19	Heisel
Kapitel 20	Kloster-Harz

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Benutzerhinweise zur 12. Aufl.	VII
Bearbeiterverzeichnis.	IX
Im Einzelnen haben bearbeitet:	XI
Inhaltsverzeichnis	XV
Abkürzungsverzeichnis	XXXIII
Literaturverzeichnis.	XXXIX
Kapitel 1 Verfahren in Familiensachen.	1
Kapitel 2 Ehesachen	243
Kapitel 3 Statusrecht	274
Kapitel 4 Sorgerecht, Umgangsrecht, Herausgabe des Kindes.	440
Kapitel 5 Familiengerichtliche Genehmigung	792
Kapitel 6 Unterhalt.	859
Kapitel 7 Versorgungsausgleich	1510
Kapitel 8 Ehewohnung und Hausrat, Gewaltschutzgesetz	1671
Kapitel 9 Güterrecht	1785
Kapitel 10 Sonstiges Vermögensrecht.	1909
Kapitel 11 Partnerschaften außerhalb der Ehe	2115
Kapitel 12 Vertragsgestaltung	2172
Kapitel 13 Steuerliche Bezüge	2231
Kapitel 14 Sozialrecht	2504
Kapitel 15 Internationales Privatrecht	2598
Kapitel 16 Verfahrenskostenhilfe und Verfahrenskostenvorschuss.	2712
Kapitel 17 Kosten	2797
Kapitel 18 Vollstreckungsrecht/Insolvenzrechtliche Bezüge	3039
Kapitel 19 Erbrecht.	3236
Kapitel 20 Alternative Streitschlichtungsverfahren.	3303
Stichwortverzeichnis	3327

das Gericht den Einwand der Erfüllung oder der Leistungsunfähigkeit zu Unrecht als zulässig behandelt hat.¹⁹⁴²

Materiell-rechtliche Einwendungen (§ 252 Abs. 2 FamFG) – wie fehlende Leistungsfähigkeit¹⁹⁴³ – können nicht erstmals im Beschwerdeverfahren geltend gemacht werden. Der Erfüllungseinwand setzt die Erklärung über geleisteten Unterhalt in erster Instanz nach § 252 Abs. 3 FamFG voraus.¹⁹⁴⁴ Sind die Einwendungen in erster Instanz nicht geltend gemacht worden, ist die Beschwerde im Ganzen unzulässig.¹⁹⁴⁵ Unzulässige Einwendungen sind im Abänderungsverfahren nach § 240 FamFG geltend zu machen (Rdn. 438) oder mit dem Vollstreckungsabwehrantrag (Rdn. 433). Sind in erster Instanz erhobene Einwendungen bei Erlass des Festsetzungsbeschlusses (§ 253 FamFG) zu Unrecht unberücksichtigt geblieben, ist in der vom Beschwerdegericht zu treffenden eigenen Sachentscheidung der Festsetzungsbeschluss ersatzlos aufzuheben. Eine darüber hinaus gehende Entscheidung in der Sache kann durch das Beschwerdegericht nicht getroffen werden.¹⁹⁴⁶ Die Beteiligten können jedoch gem. § 254 FamFG (s. Rdn. 434) oder § 255 FamFG (s. Rdn. 435) weiter vorgehen.

Wegen § 257 Satz 1 FamFG besteht auch im Beschwerdeverfahren kein Anwaltszwang.¹⁹⁴⁷

D. Sonstiger Verwandtenunterhalt, Ersatzhaftung und Unterhalt nach § 1615I BGB

I. Unterhaltsansprüche der Eltern gegen das Kind

1. Vorbemerkung

Die Unterhaltsansprüche der Eltern gegen ihre Kinder sind durch das **Angehörigen-Entlastungsgesetz**¹⁹⁴⁸ mit Wirkung zum 01.01.2020 wesentlich modifiziert worden, wengleich der Gesetzgeber hierzu nicht in die unterhaltsrechtlichen Normen der §§ 1601 ff. BGB eingriff, sondern ausschließlich eine Änderung sozialrechtlicher Vorschriften wählte. Dazu bestimmte der Gesetzgeber eine umfassende und weitreichende Reform des Unterhaltsrückgriffs in der Sozialhilfe mit dem Ziel, den Nachranggrundsatz der Sozialhilfe, insbesondere bei ohnehin schon durch die Hilfebedürftigkeit der Betroffenen belasteten Angehörigen, einzuschränken¹⁹⁴⁹ und somit eine substantielle Entlastung unterhaltsverpflichteter Kinder und Eltern sowie deren Familien zu erreichen.¹⁹⁵⁰ Während bis dahin ein Unterhaltsrückgriff nur für Leistungsberechtigte der Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung (Viertes Kapitel SGB XII) bei einem Einkommen bis 100.000 € ausgeschlossen wurde, ist dies als Grundsatzentscheidung in das für alle Leistungen des SGB XII geltende 11. Kapitel SGB XII verschoben und angepasst worden. Davon sollen insbesondere alle gegenüber Leistungsbeziehern nach dem SGB XII unterhaltsverpflichteten Kinder bis zu einem Jahreseinkommen von 100.000 € profitieren.¹⁹⁵¹

1942 OLG Frankfurt a.M., 17.01.2012 – 5 UF 396/11, FamRZ 2012, 1821.

1943 OLG Celle, 21.09.2011 – 17 UF 161/11, FamRZ 2012, 141.

1944 Zöllner/Lorenz § 256 Rn. 9; OLG Hamm, 02.02.2011 – 8 WF 251/10, FamRZ 2011, 1414 (LS); FamRB 2011, 377.

1945 BGH, 28.05.2008 – XII ZB 104/06, FamRZ 2008, 1433; OLG Düsseldorf, 08.04.2013 – II-2 WF 69/13, FamRZ 2013, 1915; OLG Karlsruhe, 30.07.2012 – 18 WF 19/12, FamRZ 2013, 562; Thomas/Putzo/Hüfstege § 256 Rn. 6 m.w.N.

1946 OLG Karlsruhe, 30.07.2012 – 18 WF 19/12, FamRZ 2013, 562.

1947 OLG Brandenburg, 12.04.2012 – 13 WF 56/12, FamRZ 2012, 1894; Thomas/Putzo/Hüfstege § 257 Rn. 7.

1948 Gesetz zur Entlastung unterhaltsverpflichteter Angehöriger in der Sozialhilfe und in der Eingliederungshilfe (Angehörigen-Entlastungsgesetz) vom 10.12.2019, BGBl. I 2019 S. 2135.

1949 Palandt/von Pückler § 1601 Rn. 17a.

1950 BT-Drucks. 19/13399 S. 1, 18.

1951 BT-Drucks. 19/13399.

Diese Änderung wird sich zukünftig jedoch auch auf das Recht des Elternunterhalts selbst in solchem Maß auswirken, dass in entsprechenden Fällen zwischen der Unterhaltspflicht bis einschließlich 31.12.2019 und ab dem 01.01.2020 zu unterscheiden ist. Da entsprechende Fallgestaltungen für die Zeit bis Ende 2019 in der Praxis wohl noch nicht als vollständig abgearbeitet angesehen werden können, ist es angezeigt, sowohl die bis Ende 2019 maßgebliche Rechtslage darzustellen, als auch den Blick auf die Auswirkungen der Neuregelung zu werfen. Eine rückwirkende rechtliche Änderung der Rechtslage für Sachverhalte bis Ende 2019 ist mit dem Angehörigen-Entlastungsgesetz nicht verbunden.

2. Tatbestand

- 443 § 1601 BGB gibt nicht nur den Kindern gegen die Eltern, sondern auch den Eltern gegen das Kind einen lebenslangen Tatbestand für Unterhaltsansprüche.¹⁹⁵² In Art. 6 Abs. 1 GG wurde die Familie unter dem besonderen Schutz der staatlichen Ordnung gestellt, sodass es dem Gesetzgeber nicht verwehrt ist, nicht nur die Unterhaltspflicht der Eltern für ihre Kinder, sondern auch der bedürftigen Eltern gegen ihre – leistungsfähigen – Kinder zu regeln.¹⁹⁵³ Da Eltern normalerweise nicht gegen ihre Kinder vorgehen würden, wird der Anspruch zumeist vom Sozialhilfeträger aus übergegangenem Recht (§ 94 Abs. 1 Satz 1 SGB XII) geltend gemacht.¹⁹⁵⁴ Das Regulativ für diesen Anspruch auf Deckung des **Bedarfs** bildet wie beim Kindesunterhalt die **Bedürftigkeit** und **Leistungsfähigkeit**. **Bedürftigkeit und Leistungsfähigkeit** müssen dabei zeitgleich vorliegen.¹⁹⁵⁵

Der Anspruch ist gegenüber dem Kindesunterhalt wesentlich schwächer ausgestaltet, da die bedürftigen Eltern allen anderen Unterhaltsberechtigten im Rang gem. § 1609 Nr. 6 BGB nachgehen. Die Rechtsprechung hat deshalb im Rahmen der Leistungsfähigkeit die Ansprüche stark eingeschränkt (vgl. Rdn. 468 ff.). Auch der Gesetzgeber hatte bereits für Fallgestaltungen bis Ende 2019 bei der Regelung zur **Grundsicherung** nach §§ 41–43 SGB XII im Ergebnis die Unterhaltsansprüche der Eltern gegen Kinder begrenzt, indem er für eine Rückgriffsmöglichkeit unabhängig vom Vermögen ein Einkommen von über 100.000 € jährlich bei einer Person verlangte.¹⁹⁵⁶ Diese Anforderung hat er mit dem Angehörigen-Entlastungsgesetz zur Grundsatzvoraussetzung für einen Anspruchsübergang auf SGB XII-Leistungsträger mit der Einfügung des § 94 Abs. 1a SGB XII mit Wirkung ab 01.01.2020 gemacht. Es ist zu erwarten, dass dies wiederum zu weitergehenden Einschränkungen der Unterhaltspflicht gegenüber Eltern aus dem Einkommen im Rahmen der Leistungsfähigkeitsbetrachtung führen wird. Die Elternunterhaltspflicht aus Vermögen dürfte in der Praxis gänzlich entfallen.

Für den Unterhaltsanspruch haftet nach § 1608 BGB zunächst immer der **Ehegatte vorrangig**. Dies gilt auch für den geschiedenen Ehegatten, soweit gegen ihn ein Unterhaltsanspruch besteht (§ 1584 BGB). Lebt der Ehegatte des Bedürftigen noch und ist er unterhaltspflichtig, haften die Kinder daher nur im Wege der Ersatzhaftung nach § 1607 BGB, wenn der Ehegatte nicht leistungsfähig ist oder sich der Leistung entzieht (s. näher Rdn. 525, 527). Hat das Kind eine eigene Lebensstellung, haftet es nach § 1606 Abs. 1 BGB vor den Großeltern für den Anspruch der Eltern, nach § 1606 Abs. 2 BGB haften dabei die Kinder vor den Enkelkindern.¹⁹⁵⁷

- 444 Springt die öffentliche Hand durch Leistung von Sozialhilfe ein, geht nach § 94 Abs. 1 Satz 1 SGB XII der Unterhaltsanspruch ggf. auf den Träger der Sozialhilfe über (s. auch Rdn. 23 ff. und

1952 Vgl. insgesamt *Brudermüller* NJW 2004, 633; *Wendl/Dose/Wönne* § 2 Rn. 900 ff.; *Herr* FamRZ 2005, 1021; *Dose* FamRZ 2013, 993 ff.; *Reinken* NJW 2013, 2994 ff.; *Weinreich* FuR 2013, 509 ff.; *Born* MDR 2015, 554 ff.; *Schürmann* FF 2015, 392.

1953 BVerfG FamRZ 2005, 1510.

1954 Palandt/*von Pückler* § 1601 Rn. 5.

1955 BVerfG FamRZ 2005, 1051; BGH FamRZ 2006, 1511.

1956 BSG FamRZ 2014, 385; auch *Wendl/Dose/Wönne* § 2 Rn. 909.

1957 *Wendl/Dose/Wönne* § 2 Rn. 909.

Kap. 14 Rdn. 157, 90 ff.).¹⁹⁵⁸ Aufgrund der Einführung der 100.000 €-Einkommensgrenze mit § 94 Abs. 1a SGB XII werden **Anspruchsübergänge und Regressfälle** für die Zeiträume seit dem 01.01.2020 jedoch die absolute Ausnahme werden. Damit ist auch kaum noch mit Rechtsprechung zum nunmehr maßgeblichen Rechtsstand für den Elternunterhalt zu rechnen.

Ein **Anspruchsübergang auf den Leistungsträger der Sozialhilfe** nach § 94 Abs. 1 SGB XII ist nach § 94 Abs. 1a Satz 2 SGB XII für Sachverhalte seit Anfang 2020 ausgeschlossen, wenn das jährliches Gesamteinkommen des Pflichtigen im Sinne des § 16 SGB IV 100.000 € nicht übersteigt. § 16 SGB IV lautet:

»Gesamteinkommen ist die Summe der Einkünfte im Sinne des Einkommensteuerrechts; es umfasst insbesondere das Arbeitsentgelt und das Arbeitseinkommen.«

Maßgebend sind diejenigen Einkünfte, die nach § 2 Abs. 1 Satz 1 Einkommensteuergesetz (EStG) der Einkommensteuer unterfallen.¹⁹⁵⁹ Der Gesetzgeber hat § 94 Abs. 1a SGB XII dem § 43 Abs. 5 SGB XII i.d.F. bis 31.12.2019 entnommen, der Entsprechendes für die Anrechnung von Unterhaltsansprüchen gegenüber Kindern und Eltern als Einkommen des Grundsicherung Beantragenden vorsah. Das **Gesamtjahreseinkommen** bestimmt sich nicht nach dem Gesamtbruttoeinkommen. Mit dem in Hs. 1 enthaltenen Verweis auf das Steuerrecht werden vielmehr diejenigen **Einkünfte** in Bezug genommen, **die der Steuerpflicht unterliegen**, sodass z.B. Steuerfreibeträge oder Werbungskosten abzuziehen sind.¹⁹⁶⁰ Somit kommt es für den Nichtübergang darauf an, dass das der Steuerpflicht unterliegende Einkommen 100.000 € nicht übersteigt. Hierfür besteht eine gesetzliche Vermutung! Nur bei einem über 100.000 € hinausgehenden Gesamtjahreseinkommen kommt es zum **Anspruchsübergang**. Zur Nachprüfung durch den Sozialhilfeträger regelt § 94 Abs. 1a SGB XII (i.V.m. § 117 SGB XII) eine abgestufte Herangehensweise:

- (1) zunächst gilt für das Kind stets die gesetzliche Vermutung: weniger als 100.000 € Gesamtjahreseinkommen,
- (2) gegenüber dem Sozialhilfeträger besteht eine Auskunftspflicht des sozialhilfeberechtigten Leistungsbeziehers (= Elternteil) zu den Einkommensverhältnissen des in Frage kommenden zum Unterhalt verpflichteten Kindes,
- (3) nur wenn sich (daraus) hinreichende Anhaltspunkte ergeben, dass das Kind über ein Jahreseinkommen von mehr als 100.000 € verfügt: Auskunfts- und Belegvorlagepflicht des Unterhaltspflichtigen, seines nicht dauernd getrennt lebenden Ehegatten oder Lebenspartners gem. § 117 SGB XII,¹⁹⁶¹
- (4) nur wenn das Gesamtjahreseinkommen des Kindes tatsächlich 100.000 € übersteigt: **Anspruchsübergang auf den Sozialhilfeträger**.

Damit kommt es i.d.R. zunächst darauf an, inwiefern der **Leistungsbezieher** Angaben zu den Einkommensverhältnissen des Unterhaltspflichtigen machen kann! Hier eröffnet sich bereits ein großes Feld für die anwaltliche Beratung.¹⁹⁶² Wenn die Auskunft mit Unterstützung des bzw. insb. in Vertretung durch den potenziell Unterhaltspflichtigen erfolgt, drohen bei Verschweigen von Erkenntnissen auch Letzterem strafrechtliche Folgen. Die Auskunft kann aber auch unter Mithilfe Dritter vom Sozialhilfeleistungsbezieher erteilt werden. Ein Dritter (z.B. Sozialverband) wird regelmäßig

1958 BGH FamRZ 2010, 1535; bestätigt für den Elternunterhalt durch BGH, 08.07.2015 – XII ZB 56/14 Rn. 26, FamRZ 2015, 1467 m. zust. Anm. *Schürmann* FamRZ 2015, 1600 u. Anm. *Götsche* FF 2015, 461.

1959 BSG, 25.01.2006 – B 12 KR 2/05 R, SozR 4–2500 § 10 Nr 6; BSG, 29.06.2016 – B 12 KR 1/15 R, SozR 4–2500 § 10 Nr 12.

1960 BSGE 91, 83 ff. Rn. 7 ff. = SozR 4–2500 § 10 Nr 2; BSG, 25.04.2013 – B 8 SO 21/11 R, SozR 4–3500 § 43 Nr. 3 – ergangen zu § 43 Abs. 5 SGB XII i.d.F. bis 31.12.2019.

1961 So z.B. auch ausdrücklich Adolph/*Pfohl/Steinmans*, SGB II, SGB XII, AsylbLG zu § 94 Abs. 1a Rn. 124.

1962 Nach Adolph/*Pfohl/Steinmans*, SGB II, SGB XII, AsylbLG zu § 94 Abs. 1a Rn. 125 erleichtert § 94 Abs. 1a SGB XII (i.V.m. § 117 SGB XII) eine unrechtmäßige Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen.

keine oder nur wenige Erkenntnisse zum Einkommen des Unterhaltsverpflichteten haben und daher für den Leistungsbezieher auch keine Umstände angeben können, die über dessen Kenntnisse hinausgehen.

Ein **originäres direktes Auskunftsrecht des Sozialleistungsträgers gegenüber dem Unterhaltspflichtigen** besteht somit hier zunächst nicht mehr, allenfalls sogleich in Ausnahmefällen, bei denen ein höheres Bruttojahreseinkommen des UH-Pflichtigen von mehr als 100.000 € aufgrund dem Sozialleistungsträger oder allgemein bekannter konkreter Anhaltspunkte zu vermuten ist (z.B. bekannte Eingruppierung in hohe Besoldungsgruppen: Oberbürgermeister in Bayern in kreisfreier Stadt mit 50.001 bis 100.000 Einwohnern ist in B7 eingruppiert, Art. 45 KWBG mit Anlage 1 – Monatsbrutto Grundgehaltssatz im Jahr 2020: 10.406,20 €; daneben erhalten kommunale Wahlbeamte noch Aufwandserstattungen, hier OB bei 50.001–100.000 Einw.: 471,36–1.026,93 € mtl.).

Beachtlich und bedenklich sind die möglichen Auswirkungen der Neuregelung auf einen Anspruchsübergang:

	Fall 1	Fall 2	Fall 3
Bruttojahreseinkommen in €	98.000	101.000	90.000
Vermögen in €	30.000	30.000	800.000
Anspruchsübergang	nein	ja	nein

Es kommt nur auf das Gesamtjahreseinkommen an. Das Vermögen ist unbeachtlich. Im Fall 1 besteht kein Anspruchsübergang: Auch das hohe Vermögen bei Fall 3 führt nicht zum Anspruchsübergang. Demgegenüber haftet im Fall 2 das Kind für den Bedarf des Elternteils, der seitens des Sozialhilfeträgers gedeckt wird, im Rahmen seiner Leistungsfähigkeit in voller Höhe.

Das **maßgebliche Jahresgesamteinkommen** (§§ 94 Abs. 1a SGB XII, 16 SGB IV) ist also die Summe der Einkünfte im Sinne des Einkommensteuerrechts. Bei den Einkünften aus Land- und Forstwirtschaft, Gewerbebetrieb und selbständiger Tätigkeit ist das der Gewinn (§§ 2 Abs. 2 Nr. 1, 4–7k, 13a EStG). Bei den anderen Einkunftsarten ist der Überschuss der Einnahmen über die Werbungskosten maßgeblich (nichtseltständige Arbeit, Kapital, Vermietung und Verpachtung, sonstige Einkünfte). Für die Ausgaben und die Werbungskosten gelten nicht die unterhaltsrechtlichen, sondern die steuerrechtlichen Grundlagen. Für die Einkünfte unmaßgeblich sind alle steuerfreien Einnahmen (z.B. Kindergeld, steuerfreier Rentenanteil, steuerfreie Einnahmen nach § 3 EStG, ersparte Aufwendungen [Wohnvorteil], etc.). **Fiktive Einkommenszurechnungen** dürfen zur Ermittlung des Gesamtjahreseinkommens nicht erfolgen. Unterhaltsrechtliche Verstöße gegen die Erwerbsobliegenheit wirken sich nur im Unterhaltsrechtsverhältnis, nicht aber bei der Frage eines Anspruchsüberganges aus. Die Erwerbsobliegenheit besteht nicht gegenüber dem Sozialhilfeträger.¹⁹⁶³ Auch Nutzungsvorteile, die nicht der Steuerpflicht unterliegen, wie etwa der **Vorteil mietfreien Wohnens** im Eigenheim sind für die Einkommensgrenze des § 94 Abs. 1a SGB XII unberücksichtigt zu lassen.

Bei der Einkommensermittlung ist auf den potenziell Unterhaltspflichtigen abzustellen, so dass für ihn getrennt vom evtl. Ehegatten seine Jahreseinkünfte maßgeblich sind.

a) Mehrere Unterhaltspflichtige

- 445 Mehrere Kinder haften gem. § 1606 Abs. 3 Satz 1 BGB anteilig nach ihren Einkommens- und Vermögensverhältnissen. Daher sind auch die wirtschaftlichen Verhältnisse der Geschwister von Bedeutung.¹⁹⁶⁴ Insoweit stellt sich die Frage, wie die Kenntnisse hierüber zu erhalten sind.

¹⁹⁶³ Haufß FamRB 2020, 76.

¹⁹⁶⁴ Dose FamRZ 2013, 993; Seiler FF 2014, 136.

*b) Darlegungs- und Beweislast und Auskunftsansprüche**aa) Darlegungs- und Beweislast*

Der bedürftige Elternteil trägt die Darlegungs- und Beweislast für seine Bedürftigkeit und somit auch für seine Einkommens- und Vermögensverhältnisse.¹⁹⁶⁵ Den Unterhaltsschuldner trifft die Darlegungs- und Beweislast für eine von ihm behauptete Leistungsunfähigkeit.¹⁹⁶⁶ Dabei sind alle für eine Einschränkung der Leistungsfähigkeit erheblichen Tatsachen substantiiert vorzutragen; dazu gehört neben dem eigenen Einkommen auch das Einkommen der anderen Familienmitglieder, der vollständige Bedarf der Familie und der eigene Beitrag hierzu.¹⁹⁶⁷ **446**

bb) Auskunftsansprüche der Eltern gegen das Kind und umgekehrt

Den Umfang der Leistungsfähigkeit seiner gleichrangig unterhaltspflichtigen Kinder (§ 1606 Abs. 3 Satz 1 BGB) kann **der Unterhaltsberechtigte** über seinen Auskunfts- und Beleganspruch gem. § 1605 BGB ermitteln und umgekehrt steht auch dem pflichtigen Kind ein Auskunfts- und Beleganspruch gegen den Unterhaltsberechtigten zu. Dabei sind vor allem folgende Punkte zu klären:¹⁹⁶⁸ Die Einkünfte aus Erwerbsverhältnis sowie Rentenzahlungen aller Art; Leistungen der Pflegeversicherung (§ 37 SGB XI), Kapital- und Mieteinkünfte, sämtliche Ansprüche aus Verträgen (Überlassung von Vorsorgeleistungen, Nießbrauch oder an deren Stelle getretene Geldansprüche; Leistungen für die Kindererziehung (§ 294 SGB VI),¹⁹⁶⁹ Wohngeld, Leistungen der Grundsicherung im Alter und Leistungen der Sozialhilfe; das Einkommen des Ehegatten bzw. des Lebenspartners und das Vermögen, bezogen auf den Beginn des Unterhaltszeitraums. **447**

Die Einschränkungen durch § 94 Abs. 1a BGB (siehe Rdn. 444) greifen im unmittelbaren unterhaltsrechtlichen Verhältnis zwischen Elternteil und Kind nicht, haben also auf den Auskunftsanspruch des Elternteils gegen das Kind aus § 1605 BGB keinen Einfluss. Solange nicht unzweifelhaft feststeht, dass das Kind nicht unterhaltspflichtig ist, kann das Kind auf Auskunft in Anspruch genommen werden. Insoweit ist auch im Elternunterhaltsverhältnis maßgeblich, dass Auskunft zu erteilen ist, wenn nur die Möglichkeit¹⁹⁷⁰ besteht, dass die Auskunft für den Unterhaltsanspruch von Belang sein kann.

Den Auskunftsanspruch des Unterhaltsberechtigten aus § 1605 BGB kann der **Sozialhilfeträger** nur bei feststehendem Anspruchsübergang (§ 94 Abs. 1 SGB XII) – also aus übergegangenem Recht – gegen das Kind geltend machen. Solange § 94 Abs. 1a SGB XII dem entgegensteht, kommt dem Sozialhilfeträger also dieser Auskunftsanspruch gegen das Kind nicht zu Hilfe. Er hat auch keinen Anspruch gegen den Sozialhilfe Beziehenden, ihm diesen Anspruch abzutreten. Nur wenn Anhaltspunkte für ein Gesamtjahreseinkommen beim Kind von mehr als 100.000 € bestehen, kann der Sozialhilfeträger das Kind nach § 117 SGB XII auf Auskunft über seine Einkommensverhältnisse in Anspruch nehmen (vgl. Rdn. 444).¹⁹⁷¹

Für den Auskunftsanspruch aus §§ 94 Abs. 1a, 117 SGB XII ist der Rechtsweg zu den Sozialgerichten eröffnet! Der Auskunftsanspruch kann vom Sozialhilfeträger durch Verwaltungsakt geregelt

1965 Wendl/Dose/Dose § 6 Rn. 703 ff.

1966 OLG Hamm NJW 2013, 1541 = FamRZ 2013, 1051 (LS).

1967 OLG Hamm NJW 2013, 1541.

1968 Vgl. z.B. Reinken NJW 2013, 2993.

1969 BGH FamRZ 2013, 203 Rn. 28.

1970 BGH, 15.11.2017 – XII ZB 503/16, FamRZ 2018, 260.

1971 Die Rechtsprechung der BSG zur sog. Negativevidenz (siehe z.B. BSG, 20.12.2012 – B 8 SO 75/12; BSG, 12.12.2013 – L 7 SO 4209/09, MittBayNot 2014, 285; vgl. ferner BVerwG, 06.11.1975 – V C 28.75, BVerwGE 49, 311; BVerwG, 13.12.1990 – 5 C 17/88; BVerwG, 05.10.1978 – 5 C 61/77 – zur Negativevidenz bei Überleitung; BVerwG, 21.01.1993 – 5 C 22/90 – zur Negativevidenz bei einem Auskunftsverlangen) dürfte insoweit ebenfalls zu erweitern sein.

und bei Verweigerung im Wege der Verwaltungsvollstreckung durchgesetzt werden. Dagegen sind die Anfechtungsklage und evtl. einstweiliger Rechtsschutz möglich.¹⁹⁷²

Nur der Anspruch aus § 1605 BGB aufgrund Anspruchsübergang ist Familiensache!

cc) *Auskunftsansprüche der Kinder untereinander/Haftungsanteil*

- 448 Da für die unterhaltspflichtigen **Kinder untereinander** § 1605 BGB nicht gilt, haben sie jeweils untereinander einen Auskunftsanspruch über § 242 BGB gemäß Treu und Glauben, damit der **Umfang der anteiligen Haftung** bestimmt werden kann (Rdn. 999).¹⁹⁷³ Nicht umfasst wird jedoch ein Auskunftsanspruch auch gegen die Ehegatten der jeweiligen Geschwister, da es insoweit an einem Rechtsverhältnis fehlt.¹⁹⁷⁴ Allerdings umfasst der Auskunftsanspruch gegen die Geschwister auch die vorhandenen Vermögenswerte, wozu auch die Auskünfte über die Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Ehegatten als den Unterhalt absichernde Vermögenspositionen gehören.¹⁹⁷⁵ Dazu sind die Geschwister auch in der Lage, da getrennt lebende oder geschiedene Ehegatten sich nach §§ 1361 Abs. 4, 1580, 1605 BGB Auskunft zur Feststellung der Unterhaltspflicht schulden – im Rahmen des Familienunterhalts folgt eine solche Verpflichtung aus § 1353 Abs. 1 Satz 2 BGB in groben Zügen.¹⁹⁷⁶ Eine Vorlage von Belegen und die Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung kann aber nicht verlangt werden.¹⁹⁷⁷

Mit den Änderungen durch das Angehörigen-Entlastungsgesetz stellt sich für die Zeiträume ab Anfang 2020 die Frage, wie der evtl. Haftungsanteil des unterhaltspflichtigen Kindes bei mehreren Geschwistern vom **Sozialhilfeträger** berechnet werden und inwiefern dieser hierzu an Informationen gelangen kann. Mehrere zu Elternunterhalt Verpflichtete haften anteilig (§ 1607 BGB) nach ihrer Leistungsfähigkeit. Den Haftungsanteil hat der Sozialhilfeträger substantiiert darzulegen. Hierzu bedarf er konkreter Erkenntnisse. Die Vermutung des § 94 Abs. 1a SGB XII betrifft unmittelbar nur den Anspruchsübergang. Die Unterhaltspflicht als solche aus § 1601 BGB ist davon zunächst unberührt. Bei mehreren Geschwisterkindern kann aber auch der Sozialhilfeträger nur den ggf. auf ihn übergegangenen Haftungsanteil des konkret in Anspruch genommenen Kindes verlangen. Besteht bei einem von zwei Geschwistern die Vermutung des § 94 Abs. 1a SGB XII, beim anderen aber nicht, greift die Auskunftsspflicht nach §§ 94 Abs. 1a, 117 SGB XII nicht für das unter die Vermutung fallende Kind. Der Sozialhilfeträger hätte daher keine rechtlich abgesicherte Stellung, die Einkommensverhältnisse dieses Kindes zu erfragen. Der Anspruch aus § 242 BGB zwischen den Geschwistern zur Haftungsanteilermittlung steht ihm ebenfalls nicht zu. Mangels Sonderrechtsbeziehung zum unter die Vermutung des § 94 Abs. 1a SGB XII fallenden Kind kommt auch ein Anspruch aus § 242 BGB für den Sozialhilfeträger nicht in Betracht. Ob deswegen über den Wortlaut der §§ 94 Abs. 1a, 117 Abs. 1 SGB XII hinaus ein Auskunftsanspruch aus diesen Regelungen auch gegen dieses Kind besteht¹⁹⁷⁸ erscheint mehr als fraglich. Die bisherige Rechtsprechung der Sozialgerichte zur sog. Negativevidenz (als Unterhaltspflichtige i.S.d. § 117 SGB XII sind danach alle Personen anzusehen, die als Unterhaltsschuldner abstrakt in Betracht kommen, d.h. nicht offensichtlich ausscheiden) ist wegen des geänderten § 94 Abs. 1a SGB XII nicht unbesehen auf die Rechtslage ab dem 01.01.2020 zu übernehmen.¹⁹⁷⁹ Wenn keine Anhaltspunkte für ein Gesamtjahreseinkommen des konkreten Kindes von mehr als 100.000 € vorliegen, ist zwar ggf. der Wegfall der Unterhaltspflicht nicht evident, aber der Wegfall des Anspruchsübergangs. Da ein auf § 117

1972 Vgl. z.B. LSG Baden-Württemberg, 15.04.2019 – L 2 SO 677/18; BSG, 05.07.2018 – B 8 SO 21/16R, FamRZ 2019, 1141.

1973 BGH FamRZ 2012, 200.

1974 Dose FamRZ 2013, 993, 994; Reinken NJW 2013, 2993, 2994.

1975 BGH FamRZ 2003, 1836; Reinken NJW 2013, 2993, 2994.

1976 BGH FamRZ 2011, 21 Rn. 19; Dose FamRZ 2013, 993, 994.

1977 BGH FamRZ 2011, 21.

1978 Dahingehend aber *Doering-Striening/Hauß/Schürmann* FamRZ 2020, 137 und FF 2020, 48 und *Hauß*, Elternunterhalt: Grundlagen und Strategien Rn. 80.

1979 In diese Richtung auch *Hauß*, Elternunterhalt: Grundlagen und Strategien Rn. 63.

SGB XII gestütztes Auskunftersuchen rechtswidrig ist, wenn offensichtlich kein überleitbarer Anspruch besteht,¹⁹⁸⁰ müsste dies entsprechend auch dann für das Auskunftersuchen gegen einen dem Grunde nach Unterhaltspflichtigen gelten, wenn ein Anspruchsübergang nach der im konkret zu beurteilenden Fall einschlägigen Vermutung des § 94 Abs. 1a SGB XII nicht stattfindet. Die Auskunftspflicht des § 117 Abs. 1 SGB XII dient der Verwirklichung des sozialhilferechtlichen Nachrangprinzips (vgl. § 2 SGB XII).¹⁹⁸¹ Sie zielt primär darauf ab, den Trägern der Sozialhilfe die Prüfung zu ermöglichen, ob der ggf. zum Unterhalt Heranzuziehende dem Auskunftserteilenden möglicherweise vorrangig Unterhalt schuldet (§ 1609 BGB) oder dessen Einstandspflicht (§ 94 SGB XII) aus diesem Grunde geringer ausfällt oder ganz entfällt.¹⁹⁸² Wenn insoweit für den Sozialhilfeträger aber von der Vermutungswirkung des § 94 Abs. 1a SGB XII mangels anderweitiger Anhaltspunkte auszugehen ist, ist damit der Nachranggrundsatz bereits ausgehebelt¹⁹⁸³ und kann für eine dennoch bestehende Auskunftspflicht aus § 117 Abs. 1 SGB XII ebensowenig als Argument dienen wie für eine erweiternde Auslegung der Auskunftsverpflichteten über den Wortlaut der Bestimmung hinaus.¹⁹⁸⁴

3. Bedarf

Der **Bedarf** richtet sich nach der **Lebensstellung der Eltern**, § 1610 Abs. 1 BGB, wobei nachteilige Veränderungen z.B. durch Ruhestand oder Tod des Ehegatten zu berücksichtigen sind, ebenso Veränderungen durch Heimunterbringung.¹⁹⁸⁵ 449

a) Eigener Hausstand

Wird ein Elternteil vom Kind zu Hause gepflegt, wird der Unterhaltsbedarf durch Naturalleistung gedeckt.¹⁹⁸⁶ Ansonsten beträgt er, soweit sich der Bedürftige noch zu Hause aufhält, mindestens das Existenzminimum (derzeit 960 €),¹⁹⁸⁷ das aber über die Grundsicherung zu decken ist. Ein Mehrbedarf kann allerdings hinzukommen, z.B. bei Diät, durch Haushaltshilfe, Pflegebedarf oder Fahrten zum Arzt.¹⁹⁸⁸ Nicht abzudecken sind Kosten für zwei Wohnsitze.¹⁹⁸⁹ 450

b) Heimunterbringung

Bei Heimunterbringung entspricht der Bedarf den nicht gedeckten Kosten einschließlich eines Taschengeldes.¹⁹⁹⁰ Ist der Elternteil im Alter sozialhilfebedürftig geworden, beschränkt sich sein angemessener Lebensbedarf in der Regel auf das Existenzminimum und damit verbunden auf eine – 451

1980 Vgl. z.B. BSG, 20.12.2012 – B 8 SO 75/12 B, Rn. 7; LSG Bayern, 28.01.2014 – L 8 SO 21/12; LSG Nordrhein-Westfalen, 07.05.2012 – L 20 SO 32/12; LSG Rheinland-Pfalz, 24.11.2011 – L 1 SO 159/10; LSG Baden-Württemberg, 25.03.2016 – L 7 SO 3734/15; Schellhorn/Hohm/Scheider/Legros/Hohm, SGB XII, § 117 Rn. 8; Schlegel/Voelzke/Blüggel, jurisPK-SGB XII, § 117 Rn. 29 m.w.N.

1981 Schellhorn/Hohm/Scheider/Legros/Hohm, SGB XII, § 117 Rn. 6.

1982 LSG Hessen, 29.12.2008 – L 7 SO 62/08 B ER.

1983 Schlegel/Voelzke/Armbruster, jurisPK-SGB XII, § 94 Rn. 172; § 94 Abs. 1a Satz 1 SGB XII definiert den sozialhilferechtlichen Nachrang neu.

1984 Vgl. dazu auch auch *Hauf*, Elternunterhalt: Grundlagen und Strategien Rn. 882 für den Ausschluss des Anspruchsüberganges wegen (offensichtlicher) unbilliger Härte gem. § 94 Abs. 3 Nr. 2 SGB XII sowie SG Düsseldorf, 30.10.2010 – S 42 SO 132/09, wobei es dort aber auf die Einkommensverhältnisse nicht ankommt.

1985 BGH FamRZ 2010, 1535; 2013, 203 Rn. 15; 2013, 365 Rn. 15.

1986 OLG Oldenburg FamRZ 2010, 992.

1987 Wendl/Dose/Wönne § 2 Rn. 946; *Weinreich* FuR 2013, 509, 510.

1988 Palandt/von Pückler § 1601 Rn. 6 m.w.N.

1989 BGH FamRZ 2006, 935; 2010, 357.

1990 BGH FamRZ 2004, 1370; 2013, 203; 2015, 2138 m. Anm. *Born* S. 2141 u. Anm. *Stein* NZFam 2015, 1151; OLG Hamm FamRZ 2006, 935; OLG Brandenburg FamRZ 2010, 991.

dem Unterhaltsberechtigten zumutbare – einfache und kostengünstige Heimunterbringung.¹⁹⁹¹ Ausnahmeweise können auch höhere als die notwendigen Kosten als Unterhaltsbedarf geltend gemacht werden, wenn dem Elternteil die Wahl einer kostengünstigeren Heimunterbringung im Einzelfall nicht zumutbar war. Zudem kann sich der Einwand des Unterhaltspflichtigen, es habe eine kostengünstigere Unterbringungsmöglichkeit bestanden, im Einzelfall als treuwidrig erweisen.¹⁹⁹² Nicht gedeckte Kosten sind dabei nicht nur die Heimkosten, sondern auch der daneben noch bestehende Restbedarf, z.B. für neue Wäsche, Getränke, Zuzahlung von Medikamenten. Diese Kosten muss der Bedürftige aber konkret vortragen und ggf. beweisen. Zum weiteren notwendigen Lebensunterhalt in stationären Einrichtungen gehören der Barbetrag zur persönlichen Verfügung und eine Bekleidungspauschale. Der angemessene Barbetrag zur persönlichen Verfügung (Taschengeld) zur Befriedigung der persönlichen Bedürfnisse des täglichen Lebens, die nicht durch die Heimkosten gedeckt werden, ist in § 27b Abs. 2, 3 Satz 2 Nr. 1 SGB XII, die Bekleidungspauschale in § 27b Abs. 2, 4 SGB XII¹⁹⁹³ geregelt. Der angemessene Barbetrag zur persönlichen Verfügung beträgt bei Leistungsberechtigten, die das 18. Lebensjahr vollendet haben, mindestens 27 % des Eckregelsatzes (§ 27b Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 SGB XII). Er bestimmt sich im Übrigen nach den Umständen des Einzelfalles.¹⁹⁹⁴ Zu beachten ist dabei, dass der in einem Heim lebende Unterhaltsberechtigte darauf angewiesen ist, für seine persönlichen, von den Leistungen der Einrichtung nicht umfassten Bedürfnisse über bare Mittel verfügen zu können. Andernfalls wäre er nicht in der Lage, etwa Aufwendungen für Körper- und Kleiderpflege, Zeitschriften und Schreibmaterial zu bestreiten und sonstige Kleinigkeiten des täglichen Lebens zu finanzieren.¹⁹⁹⁵ Die nach § 27b Abs. 4 SGB XII durch die zuständigen Landesbehörden festzusetzende Bekleidungspauschale erfasst nach § 27b Abs. 2 SGB XII die Bedarfe an Kleidung und Schuhen.

452 Die Höhe der Heimkosten muss der Bedürftige (oder bei Rechtsübergang: der Sozialhilfeträger) nach substantiiertem Bestreiten des Unterhaltspflichtigen konkret vortragen und gegebenenfalls beweisen.¹⁹⁹⁶ Der BGH hat hierzu Folgendes ausgeführt:¹⁹⁹⁷

- »2. Hat der sozialhilfebedürftige Unterhaltsberechtigte zu den Kriterien der Heimauswahl noch keinen Vortrag gehalten, genügt der Unterhaltspflichtige seiner Obliegenheit zum substantiierten Bestreiten dadurch, dass er konkrete, kostengünstigere Heime und die dafür anfallenden Kosten benennt (Fortführung von BGH FamRZ 2013, 203).
3. Grundsätzlich ist der sozialhilfebedürftige Unterhaltsberechtigte nicht darauf beschränkt, die Kosten der Heimunterbringung zum einzigen Auswahlkriterium zu erheben. Hat er die Wahl zwischen mehreren Heimen im unteren Preissegment, steht ihm insoweit ein Entscheidungsspielraum zu. Außerhalb dieses Preissegments hat der Unterhaltsberechtigte demgegenüber besondere Gründe vorzutragen, aus denen sich ergibt, dass die Wahl des Heims aus dem unteren Preissegment nicht zumutbar war.«

1991 BGH FamRZ 2013, 203 Rn. 16 m. Anm. *Hauß* S. 206; NJW 2013, 3024 Rn. 15.

1992 BGH FamRZ 2013, 203 Rn. 18: Das kann der Fall sein, wenn Eltern ihre Heimunterbringung zunächst noch selbst finanzieren konnten und – etwa aufgrund der Einordnung in eine höhere Pflegestufe – erst später dazu nicht mehr in der Lage sind. Darüber hinaus kann das unterhaltspflichtige Kind auch dann nicht einwenden, es habe eine kostengünstigere Unterbringung offen gestanden, wenn es selbst die Auswahl des Heims beeinflusst hat und sein Einwand infolgedessen im Einzelfall gegen das Verbot widersprüchlichen Verhaltens verstoßen würde.

1993 I.d.F. ab 01.01.2020 (Änderung durch das Gesetz zur Stärkung der Teilhabe und Selbstbestimmung von Menschen mit Behinderungen – Bundesteilhabegesetz, BGBl. I 2016, 3234); Regelung für den angemessenen Barbetrag bis 31.12.2019: § 27b Abs. 2 Satz 1 SGB XII bzw. bis 31.12.2010: § 35 Abs. 2 Satz 1 SGB XII.

1994 *Dose* FamRZ 2013, 993, 994; BGH FamRZ 2013, 1554 Rn. 16; 2013, 364 Rn. 16; 2010, 1535; z.T. werden mind. 100 € mtl. gefordert, so z.B. *Herr* FamRZ 2005, 1021; der BGH hat 112,25 € mtl. nicht beanstandet, BGH, 17.06.2015 – XII ZB 458/14, FamRZ 2015, 1594.

1995 BGH FamRZ 2013, 203, 205, Rn. 24; FamRZ 2013, 364 Rn. 16; 2013, 1554 Rn. 16.

1996 BGH FamRZ 2013, 203; 2003, 444.

1997 BGH, 07.10.2015 – XII ZB 26/15 (LS 2 und 3), FamRZ 2015, 2138 m. Anm. *Born* S. 2141 = NJW 2015, 3569 = NZFam 2015, 1148 m. Anm. *Stein* S. 1151 = FamRB 2016, 4; BGH, 12.09.2018 – XII ZB 384/17, FamRZ 2018, 1903.

Für bis Ende 2015 laufende Sachverhalte sah § 94 Abs. 1 Satz 6 SGB XII mit Verweis auf § 105 Abs. 2 SGB XII für Regressfälle eine Beschränkung der regressierbaren Heimkosten vor: Von den Unterkunftskosten des in einem Heim lebenden und Hilfe zum Lebensunterhalt oder Grundsicherung im Alter oder bei Erwerbsminderung beziehenden Unterhaltsberechtigten unterliegen mit Ausnahme der Kosten für Heizungs- und Warmwasserversorgung 56 % nicht der Rückforderung und stehen damit einem Anspruchsübergang nach § 94 SGB XII entgegen.¹⁹⁹⁸

Probleme bei den sehr hohen Pflegeheimkosten bereiten in der Praxis Fallkonstellationen, in denen trotz Heimunterbringung von den Angehörigen teilweise erhebliche Betreuungsleistungen erbracht werden, die sich aber nicht kostenreduzierend auswirken.

4. Bedürftigkeit

Eine **Bedürftigkeit** der Eltern nach § 1602 Abs. 1 BGB kann insbesondere entstehen, wenn sie über keine ausreichende Altersversorgung verfügen und/oder die Rente/Pension nicht für die oft sehr hohen Kosten eines Alters- oder Pflegeheimes ausreichen. Bei einer Heimunterbringung ist auch der Lebensstandard des Berechtigten und der vom Heim her gebotene Standard zu berücksichtigen. **453**

a) Einkommen des Berechtigten/Bedürftigen

Das **Eigeneinkommen** ist im vollen Umfang bedarfsdeckend anzusetzen, insbesondere Alterseinkünfte aus Renten oder Pensionen sowie ein dem Elternteil zustehendes Pflegegeld. Daneben auch Leistungen zur Grundsicherung nach §§ 41 ff. SGB XII (Rdn. 84).¹⁹⁹⁹ Liegt es im Verantwortungsbereich des Sozialhilfeträgers, dass der Unterhaltsberechtigte nicht pflegeversichert ist und deshalb im später eingetretenen Pflegefall kein Pflegegeld bezieht, kann der Übergang des Elternunterhaltsanspruchs gemäß § 94 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 SGB XII in Höhe des fiktiven Pflegegelds eine unbillige Härte bedeuten. Insoweit können allerdings fiktive Versicherungsbeiträge den Bedarf des Unterhaltsberechtigten erhöhen.²⁰⁰⁰ Leistungen zur Grundsicherung sind beim Elternunterhalt – im Gegensatz zur Sozialhilfe in Sachverhalten bis Ende 2019 – nicht subsidiär, müssen also zunächst in Anspruch genommen werden.²⁰⁰¹ Diese umfassen neben dem Regelbedarf nach der Anlage zu § 28 SGB XII (seit 01.01.2014: 391 €; 01.01.2015: 399 €; 01.01.2016: 404 €; 01.01.2017: 409 €, 01.01.2018: 416 €; 01.01.2019: 424 €; 01.01.2020: 432 €; ab 01.01.2021: 446 €) und weiteren Zusatzbedarfen auch die Aufwendungen für Unterkunft und Heizung. **454**

Die **Subsidiarität der Sozialhilfe** (vgl. § 2 SGB XII) dürfte für Zeiträume ab 01.01.2020 mit § 94 Abs. 1a SGB XII eine Änderung insoweit erfahren haben, als in den Fällen mit einem Gesamtjahreseinkommen des dem Grunde nach Unterhaltspflichtigen von bis zu 100.000 € kein Anspruchsübergang auf den Sozialhilfeträger erfolgt, weshalb in diesen Fällen der Unterhaltsverpflichtete den unterhaltsberechtigten Elternteil nunmehr darauf verweisen kann, dass er vorrangig den Sozialhilfeträger in Anspruch nehmen muss. Damit dürfte in den bisher regelmäßig vorkommenden Praxisfällen eine Bedürftigkeit nicht mehr gegeben sein. Der Sozialhilfeträger hat insbesondere die Pflegeheimkosten zu tragen und kann hierzu bei den Vermutungsfällen des § 94 Abs. 1a SGB XII keinen Regress bei den Kindern nehmen.

1998 BGH, 17.06.2015 – XII ZB 458/14, Rn. 44, FamRZ 2015, 1594 m. zust. Anm. Borth S. 1598 = FF 15, 492 m. Anm. Götsche S. 496; letztlich inzwischen obsolet, da der Gesetzgeber sofort reagiert hat und in § 94 Abs. 1 SGB XII den Satz 6 zum 01.01.2016 aufgehoben (Verweis auf § 105 Abs. 2 SGB XII), durch weiteres Gesetz vom 26.07.2016 (BGBl. I S. 1836) § 105 Abs. 2 SGB XII selbst mit Wirkung ab dem 01.01.2017 gestrichen hat.

1999 BGH FamRZ 2007, 1158; vgl. auch *Klinkhammer* FamRZ 2002, 997.

2000 BGH, 17.06.2015 – XII ZB 458/14 Rn. 30, 31, FamRZ 2015, 1594 m. zust. Anm. Borth S. 1598 und Anm. Götsche FF 2015, 496.

2001 BGH, 08.07.2015 – XII ZB 56/14 FamRZ 2015, 1467 m. zust. Anm. Schürmann S. 1600 u. m. Anm. Götsche FF 2015, 461; Wendl/Dose/Wönne § 2 Rn. 904.

Demgegenüber hält der BGH²⁰⁰² bei Nichtübergang des Unterhaltsanspruches an seiner langjährigen Ansicht²⁰⁰³ fest, dass solche nachrangigen Sozialleistungen kein unterhaltsrechtliches Einkommen des Unterhaltsberechtigten sind, also die Bedürftigkeit und damit die Höhe des Unterhaltsanspruches nicht tangieren. Allerdings sei zu prüfen, ob einer Durchsetzung des Unterhaltsanspruches (durch das Elternteil selbst) der Einwand einer unzulässigen Rechtsausübung entgegenstehe (§ 242 BGB). Auf diesem Wege kann mit der Ansicht des BGH im Einzelfall das gleiche Ergebnis erzielt werden.

455 Für Sachverhalte bis 31.12.2019 gilt Folgendes:

Zu einer vollständigen Entlastung der unterhaltspflichtigen Kinder kann die Grundsicherung im Alter nur in den Fällen führen, in denen der unterhaltsberechtigte Elternteil (noch) nicht in einem Heim wohnt.²⁰⁰⁴ Den höheren Bedarf, der durch eine Heimunterbringung entsteht, umfasst § 42 SGB XII jedoch nicht.

456 Auch der Gesetzgeber hat bei der Regelung zur Grundsicherung nach §§ 41–43 SGB XII (i.d.F. bis 31.12.2019) die Unterhaltsansprüche der Eltern gegen Kinder begrenzt, indem er für eine Rückgriffsmöglichkeit unabhängig vom Vermögen ein Einkommen von über 100.000 € jährlich bei einer Person verlangt.²⁰⁰⁵ Das Bundessozialgericht (BSG) hat insoweit klarstellend entschieden, dass ein Anspruch auf Leistungen der Grundsicherung wegen der Inanspruchnahme unterhaltspflichtiger Eltern nicht schon ausscheidet, wenn beide Eltern zusammen über ein jährliches Gesamteinkommen von 100.000 € verfügen, sondern erst, wenn dies für mindestens einen Elternteil zutrifft,²⁰⁰⁶ § 43 Abs. 5 SGB XII (sog. privilegiertes Unterhaltsverhältnis).²⁰⁰⁷ Die Grundsicherung ist in diesen Fällen bedarfsdeckend, was einen Anspruchsübergang auf den Träger der Grundsicherung ausschließt.²⁰⁰⁸ Diese vom BSG für Eltern eines behinderten volljährigen Kindes entwickelten Grundsätze müssen umgekehrt auch im Rahmen des Elternunterhalts für die Kinder gelten, wenn die Eltern Leistungen von der Grundsicherung erhalten.²⁰⁰⁹

Die Bewilligung von Leistungen der Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung ist gemäß § 43 Abs. 3 Satz 6 SGB XII schon dann insgesamt ausgeschlossen, wenn bei einer **Mehrzahl von unterhaltspflichtigen Kindern** des Leistungsberechtigten **nur eines der Kinder** über steuerliche Gesamteinkünfte in Höhe von 100.000 € oder mehr verfügt.²⁰¹⁰ Übersteigt bei mehreren Geschwistern nur einer die Einkommensgrenze von 100.000 € brutto (jährlich), so haftet nur dieser gemäß § 43 Abs. 5 SGB XII (a.F.), da andernfalls der Gesetzeszweck nicht erreicht würde.²⁰¹¹

2002 BGH, 18.03.2020 – XII ZB 213/19, FamRZ 2020, 991, dazu kritisch z.B. *Schürmann* jurisPR-FamR 18/2020 Anm. 7; *ders.* FamRZ 2020, 995.

2003 BGH, 08.07.2015 – XII ZB 56/14, FamRZ 2015, 1467; BGH, 17.03.1999 – XII ZR 139/97, FamRZ 1999, 843.

2004 *Dose* FamRZ 2013, 993, 995.

2005 BSG FamRZ 2014, 385; Wendl/Dose/Dose § 1 Rn. 703 ff. u. Wendl/Dose/Klinkhammer § 8 Rn. 147 ff., 161 ff.

2006 BSG FamRZ 2014, 385.

2007 BSG FamRZ 2014, 385; bestätigt für den Elternunterhalt BGH, 08.07.2015 – XII ZB 56/14 Rn. 26, FamRZ 2015, 1467 m. zust. Anm. *Schürmann* S. 1600 u. m. Anm. *Götsche* FF 2015, 461.

2008 BGH FamRZ 2006, 1511.

2009 BGH, 08.07.2015 – XII ZB 56/14 Rn. 26, FamRZ 2015, 1467 m. zust. Anm. *Schürmann* S. 1600 u. m. Anm. *Götsche* FF 2015, 461.

2010 OLG Hamm FamRZ 2014, 1710 m. zust. Anm. *Schürmann* in jurisPR-FamR 17/14 Anm. 1; bestätigt BGH, 08.07.2015 – XII ZB 56/14 FamRZ 2015, 1467 m. zust. Anm. *Schürmann* S. 1600 u. Anm. *Götsche* FF 2015, 461.

2011 OLG Hamm FamRZ 2014, 1710 m. zust. Anm. *Schürmann* in jurisPR-FamR 17/14 Anm. 1; bestätigt BGH, 08.07.2015 – XII ZB 56/14 FamRZ 2015, 1467 m. zust. Anm. *Schürmann* S. 1600 u. Anm. *Götsche* FF 2015, 461.

Erhält der Unterhaltsberechtigte aus diesem Grund nachrangige Hilfe zum Lebensunterhalt (§ 19 Abs. 2 Satz 2, 27 ff. SGB XII) und haften mehrere unterhaltspflichtige Kinder gemäß § 1606 Abs. 3 Satz 1 BGB anteilig für den Elternunterhalt, stellt der gesetzliche Übergang des Unterhaltsanspruchs auf den Sozialhilfeträger für ein privilegiertes Kind mit einem unter 100.000 € liegenden steuerlichen Gesamteinkommen eine unbillige Härte i. S. v. § 94 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 SGB XII dar, wenn und soweit dieses Kind den unterhaltsberechtigten Elternteil nur wegen des Vorhandenseins nicht privilegierter Geschwister nicht auf die bedarfsdeckende Inanspruchnahme von Grundsicherungsleistungen verweisen kann. In diesem Fall kann das privilegierte Kind der Geltendmachung des Unterhaltsanspruchs durch den unterhaltsberechtigten Elternteil den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung (§ 242 BGB) entgegenhalten, und zwar sowohl wegen vergangener als auch wegen zukünftiger Unterhaltszeiträume.²⁰¹²

Für den Unterhaltsberechtigten besteht grundsätzlich die **Obliegenheit zur Inanspruchnahme** von Leistungen der Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung (§§ 41 ff. SGB XII); eine Verletzung dieser Obliegenheit kann zur **Anrechnung fiktiver Einkünfte in der Höhe der entgangenen Leistungen** führen.²⁰¹³

Für **Sachverhalte ab 01.01.2020** ist vorstehend Ausgeführtes im Ergebnis unverändert geblieben. 457
Mit dem Angehörigen-Entlastungsgesetz wurde die Vermutungsregelung aus dem Grundsicherungsrecht herausgelöst und in § 94 Abs. 1a SGB XII auf grundsätzlich alle Leistungen nach dem SGB XII erstreckt, damit auch auf die Grundsicherung im Alter gem. § 41 ff. SGB XII (n.F.).

In Pflegeheimfällen kürzte das nach § 43 SGB XI a.F. (bis 31.12.2016) bezogene Pflegegeld vorab 458
die Pflegeheimkosten. Nach § 43 Abs. 2 SGB XI a.F. (bis 31.12.2016) wurden von der Pflegeversicherung zuletzt in Pflegestufe I 1.023 €, in Pflegestufe II 1.279 €, in Pflegestufe III 1.550 € und in Härtefällen (Abs. 3) 1.918 € gezahlt. Zum 01.01.2017 wurde § 43 SGB XI neu gefasst. Danach gibt es nicht mehr Pflegestufen, sondern nur noch Pflegegrade. Für den stationären Bereich von Pflegegrad 1 bis 5. Die Leistungen sind von Pflegegrad 1 mit 125 €, Pflegegrad 2: 770 €, Pflegegrad 3 mit 1.262 €, Pflegegrad 4 mit 1.775 € bis Pflegegrad 5 mit 2.005 €.

Ist der bedürftige Ehegatte im Pflegeheim, sein Ehegatte dagegen noch in der Ehwohnung, entfällt eine Bedürftigkeit, wenn seine Eigenmittel zur Bedarfsdeckung ausreichen, auch wenn er dadurch nicht mehr in der Lage ist, seinem Ehegatten Familienunterhalt zu leisten.²⁰¹⁴ Dies gilt auch bei Leistung von Sozialhilfe, da es im Unterhaltsrecht im Gegensatz zum Sozialrecht die sog. Bedarfsgemeinschaft nicht gibt und im Unterhaltsrecht die Sicherung des eigenen Unterhalts vorgeht.²⁰¹⁵ In sonstigen Fällen, in denen die Eltern wegen Arbeitslosigkeit Ansprüche stellen, sind an ihre Erwerbsobliegenheit hohe Anforderungen zu stellen; um sich selbst zu unterhalten, muss jede Tätigkeit, auch unterhalb des Ausbildungsniveaus angenommen werden.²⁰¹⁶ Ein Ortswechsel kann im Einzelfall zumutbar sein.²⁰¹⁷

Kindererziehungszeiten beeinflussen gem. § 70 SGB VI die Höhe der eigenen (anrechenbaren) 459
Rente. Dagegen sind Leistungen für Kindererziehung gem. §§ 294 ff. SGB VI als Einkommen des Unterhaltsberechtigten anzurechnen.²⁰¹⁸ Die in § 299 SGB VI bestimmte Anrechnungsfreiheit betrifft lediglich zu gewährende Sozialleistungen und gilt nicht für die Unterhaltspflicht nach bürgerlichem Recht.

2012 BGH, 08.07.2015 – XII ZB 56/14 Rn. 32 ff., FamRZ 2015, 1467 m. zust. Anm. Schürmann S. 1600 u. Anm. Götsche FF 2015, 461; Wendl/Dose/Dose § 1 Rn. 707; Wendl/Dose/Klinkhammer § 8 Rn. 160.

2013 BGH, 08.07.2015 – XII ZB 56/14, FamRZ 2015, 1467.

2014 BGH FamRZ 2004, 1370.

2015 BGH FamRZ 2004, 1370.

2016 Kap. 6 Rdn. 132; BGH FamRZ 1985, 273; eingehend Wendl/Dose/Wönne § 2 Rn. 922.

2017 Wendl/Dose/Wönne § 2 Rn. 922; vgl. auch BGH FamRZ 1994, 372.

2018 BGH FamRZ 2013, 203 Rn. 28; BGH FamRZ 1992, 162; Wendl/Dose/Dose § 1 Rn. 699.

b) Vermögen

- 460 Vorhandenes Vermögen außer Schonvermögen ist vorab zu verwerten (s. Rdn. 287),²⁰¹⁹ nicht dagegen das selbstgenutzte Eigenheim: insoweit muss der Unterhaltsberechtigte den Stamm des Vermögens nicht verwerten, soweit die Verwertung unwirtschaftlich ist oder unter Berücksichtigung der beiderseitigen wirtschaftlichen Verhältnisse unbillig wäre.²⁰²⁰ Das Eigenheim ist auch dann Schonvermögen, wenn ein Elternteil im Pflegeheim untergebracht ist, der andere Teil die Immobilie weiter nutzt.²⁰²¹ Unter Schonvermögen des Bedürftigen fällt i.d.R. nur noch der kleine Sparbetrag nach § 90 SGB XII i.V.m. der DurchführungsVO (ab 60 Jahre seit 1.4.2017: 5.000 € mit Erhöhungsmöglichkeit und 500 € je unterhaltsbedürftigem Kind), der auch bei Heimaufenthalten für unvorhergesehene Ausgaben zu belassen ist.²⁰²² Vermögen ist auch die Teilhabe an einer ungeteilten Erbengemeinschaft, da diese als Kreditunterlage für den Pflegebedarf eingesetzt werden kann.²⁰²³ Schenkungen sind ggf. nach § 528 BGB rückgängig zu machen (Rdn. 287),²⁰²⁴ selbst wenn sie beim Beschenkten Schonvermögen (z.B. selbst genutztes Eigenheim) bilden.

c) Bedarfsgemeinschaft

- 461 Ein Anspruch auf Elternunterhalt besteht nicht, wenn das gesamte Einkommen, bestehend aus Altersrente, sonstigen Einkünften und Pflegegeld den eigenen Bedarf voll abdecken; dies gilt selbst dann, wenn der unterhaltsberechtigte Elternteil in einer Bedarfsgemeinschaft lebt und im Hinblick auf die Gesamteinkünfte sozialhilferechtlich ergänzende Ansprüche geltend gemacht werden können, die wegen der sozialhilferechtlichen Gesamtbetrachtung anteilig auch auf den Elternteil entfallen. Diese Betrachtung gilt nicht unterhaltsrechtlich – eine etwaige Unterhaltsverpflichtung gegenüber dem Ehegatten erhöht den Bedarf des Berechtigten nicht.²⁰²⁵

d) Sonderfall – Übergabevertrag

- 462 Problematisch ist es, wenn die Sozialhilfeträger dem pflegebedürftigen Elternteil, der eine Immobilie übergeben hat (allerdings außerhalb der 10-Jahres-Frist), einen Anspruch auf Wart und Pflege bzw. aus einem Wohnrecht als Einkommen/Anspruch gegen den Empfänger (Kind) zurechnen will.

aa) Wart und Pflege/Sachleistungen

- 463 Hierzu hat der BGH wie folgt ausgeführt:²⁰²⁶

»Kann ein Familienangehöriger, der als Gegenleistung für die Übertragung eines Grundstücks die Pflege des Übergebers übernommen hat, seine Leistung wegen Umzugs des Übergebers in ein Pflegeheim nicht mehr erbringen, wird sich dem im Rahmen einer ergänzenden Vertragsauslegung zu ermittelnden hypothetischen Parteiwillen im Zweifel nicht entnehmen lassen, dass an die Stelle des ersparten Zeitaufwands ein Zahlungsanspruch des Übergebers treten soll.«

- 464 Allerdings hat der BGH am Ende der Entscheidung (Rn. 15) nicht stets einen Anspruch ausgeschlossen:²⁰²⁷

2019 Wendl/Dosel/Wönne § 2 Rn. 940.

2020 Dose FamRZ 2013, 993, 995; Wendl/Dosel/Wönne § 2 Rn. 940.

2021 Grziwotz FamRB 2014, 395, 397.

2022 BGH FamRZ 2013, 1554 Rn. 36; FamRZ 2004, 370.

2023 BGH FamRZ 2006, 935.

2024 Vgl. z.B. BGH FamRZ 2000, 84; 2001, 21; 2001, 409; zu den möglichen Auswirkungen des Angehörigen-Entlastungsgesetzes hierauf im Rahmen der Notbedarfseinrede gem. § 529 Abs. 2 BGB siehe Hauß FamRB 2020, 76.

2025 Dose FamRZ 2013, 993, 996; BGH FamRZ 2004, 1370.

2026 BGH FamRZ 2010, 554.

2027 BGH FamRZ 2010, 554.

»Etwas anderes käme zwar in Betracht, wenn die Beklagten aus in ihrer Person liegenden Gründen heute nicht mehr in der Lage wären, die geschuldeten Leistungen selbst zu erbringen und deshalb – lebte der Übergeber noch in ihrem Haus – nach ... des Übergabevertrages verpflichtet wären, auf ihre Kosten eine Hilfskraft zu besorgen; denn in diesem Fall hätten die Beklagten infolge des Heimaufenthalts des Übergebers finanzielle Aufwendungen erspart. Dass es sich so verhält, macht der Kläger indes nicht geltend. Auf ersparte Aufwendungen für Sachleistungen ist die Klage nicht gestützt worden.«

Daraus kann insbesondere für Übergabeverträge gefolgert werden, dass bei geschuldeten Sachleistungen ein Anspruch i.H.d. ersparten Aufwendungen geschuldet wird (in der Landwirtschaft: z.B. Brot, Milch, Bier etc.). 465

bb) Wohnrecht

Bei einem Wohnrecht (§ 1093 BGB) handelt es sich um eine beschränkt persönliche Dienstbarkeit (§ 1092 Abs. 1 Satz 2 BGB). Dritte können Rechte daraus nur dann geltend machen, wenn dies zwischen den Beteiligten so vereinbart wurde; bei notariellen Überlassungsverträgen zwischen Eltern/Kind ist dies regelmäßig nicht gewollt.²⁰²⁸ Daher kann der Sozialhilfeträger regelmäßig aus einem Wohnrecht keine übergegangenen Ansprüche geltend machen.²⁰²⁹ 466

e) Nicht mehr vorhandene Alterseinkünfte

Mit *Reinken*²⁰³⁰ sind Nachfragen angezeigt, wenn zuvor angesprochene übliche Alterseinkünfte nicht/nicht mehr vorhanden sind. Dies kann auf unterhaltsrechtlich beachtlichen Versäumnissen beruhen. Würden Rente, Pflegegeld und Zahlungen aus einer privaten Altersvorsorge ausreichen, um den Bedarf zu decken, stehen diese Mittel indes wegen Versäumnissen oder anderweitigen Verwendungen in der Vergangenheit nicht zur Verfügung, sind zugunsten des Kindes diese nicht mehr vorhandenen Mittel bedürftigkeitsmindernd zu berücksichtigen. Veranlasst z.B. das Sozialamt, dass ein Hilfebedürftiger bei einer nach Ehescheidung aus dem Vorsorgeunterhalt aufgebauten Lebensversicherung auf Rentenbasis das Kapitalwahlrecht ausübt, um eine Rückzahlung der zuvor darlehensweise gewährten Hilfen zu bewirken, kann sich dies nicht zulasten eines seinen Eltern unterhaltspflichtigen Kindes auswirken.²⁰³¹ Entsprechendes gilt, wenn der Betreuer oder eine Sozialbehörde es versäumen, nach Beendigung der Erwerbstätigkeit in einer Behinderteneinrichtung auf eine Beibehaltung des Versicherungsschutzes in der gesetzlichen Kranken- und Pflegeversicherung hinzuwirken, sodass bei Eintritt der Pflegebedürftigkeit keine Zahlungen aus der Pflegekasse erbracht werden.²⁰³² 467

Liegt es im Verantwortungsbereich des Sozialhilfeträgers, dass der Unterhaltsberechtigte nicht pflegeversichert ist und deshalb im später eingetretenen Pflegefall kein Pflegegeld bezieht, kann der Übergang des Elternunterhaltsanspruchs gemäß § 94 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 SGB XII in Höhe des fiktiven Pflegegelds eine unbillige Härte bedeuten. Insoweit können allerdings fiktive Versicherungsbeiträge den Bedarf des Unterhaltsberechtigten erhöhen.²⁰³³

5. Leistungsfähigkeit

Wie beim Kindesunterhalt ist auch beim Elternunterhalt das **tatsächlich vorhandene Einkommen** anzusetzen. Die Verpflichtung zur Zahlung von Verwandtenunterhalt findet nach § 1603 Abs. 1 BGB dort ihre Grenze, wo der Unterhaltspflichtige bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen außerstande ist, ohne Gefährdung seines angemessenen Unterhalts den Unterhalt des Berech- 468

2028 OLG Hamm MDR 2010, 77: außer es wäre etwas anderes vereinbart.

2029 Palandt/*Herrler* § 1093 Rn. 18.

2030 *Reinken* NJW 2013, 2993.

2031 OLG Oldenburg FamRZ 2013, 1143.

2032 OLG Oldenburg FamRZ 2013, 1143.

2033 BGH, 17.06.2015 – XII ZB 458/14 Rn. 30, 31, FamRZ 2015, 1594 m. zust. Anm. *Borth* S. 1598 u. Anm. *Götsche* FF 2015, 496.

tigten zu leisten. § 1603 Abs. 1 BGB gewährt damit jedem Unterhaltspflichtigen vorrangig die Sicherung seines eigenen angemessenen Unterhalts; ihm sollen grundsätzlich die Mittel verbleiben, die er zur Deckung des seiner Lebensstellung entsprechenden allgemeinen Bedarfs benötigt.²⁰³⁴ Die Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen hat zur selben Zeit zu bestehen, für die ein ungedeckter Bedarf des unterhaltsberechtigten Elternteils besteht.²⁰³⁵ Dem widerspricht es, wenn eine Leistungsfähigkeit durch fortlaufende Belastung eines gegenwärtig nicht zu verwertenden selbstgenutzten Einfamilienhauses konstruiert werden soll.²⁰³⁶

Überobligatorisches Einkommen des unterhaltspflichtigen Kindes, welches selbst bereits Rentner ist, sollte nach zutreffender Auffassung nicht herangezogen werden können.²⁰³⁷

a) Einkommen – Abzugsposten

- 469 Bei der Bildung des **bereinigten Nettoeinkommens** des Pflichtigen sind vorab die tatsächlich anfallenden Steuern abzuziehen. Der verheiratete Pflichtige darf sein Einkommen nicht durch die Wahl der ungünstigen Steuerklasse V reduzieren. Sein Einkommen ist dann durch einen Abschlag der tatsächlich geschuldeten Steuer entsprechend Steuerklasse IV zu korrigieren.²⁰³⁸ Ist der Elternunterhaltspflichtige verheiratet und bei Zusammenveranlagung in Steuerklasse III und sein Ehegatte in Steuerklasse V eingruppiert, ist für die Leistungsfähigkeit nicht von dessen tatsächlicher Steuerlast auszugehen. Vielmehr ist in Anlehnung an § 270 AO zunächst anhand der fiktiven Steuerlast bei einer Einzelveranlagung die Relation der individuellen Steuerlast zur gesamten Steuerlast zu ermitteln und anhand des entsprechenden Prozentsatzes die Steuerlast des Unterhaltspflichtigen am Maßstab der bei Zusammenveranlagung tatsächlich bestehenden Steuerschuld zu berechnen.²⁰³⁹ Neben Krankenvorsorge sind auch tatsächlich erbrachte Aufwendungen für eine angemessene Altersvorsorge zu berücksichtigen, wobei Selbstständige und Nichtselbstständige – auch bei einem Einkommen über der Beitragsbemessungsgrenze – eine Altersvorsorge von insgesamt 5 % + 18,6 % (gesetzlicher Rentenbeitragssatz AN + AG)²⁰⁴⁰ = 23,6 % des Bruttoeinkommens betreiben können.²⁰⁴¹

aa) Verbindlichkeiten

- 470 Bei der Prüfung der Berücksichtigungswürdigkeit von Verbindlichkeiten ist für die erforderliche Gesamtabwägung (Zweck der Verbindlichkeit, Zeitpunkt und Art der Entstehung der Schuld, Grund, Höhe und Kenntnis der Unterhaltsschuld) ein großzügiger Maßstab angebracht, insbesondere bei Schulden, die vor Kenntnis der Unterhaltspflicht aufgenommen wurden.²⁰⁴² Schulden, die erst nach Kenntnis der Unterhaltsverpflichtung begründet wurden, sind dagegen sorgfältig zu prüfen:²⁰⁴³ wird ein neuer Pkw angeschafft, ohne dass es einen konkreten Anlass für die Neuanschaffung des Pkw gab, kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass der Pflichtige auf ein Neufahrzeug angewie-

2034 BGH FamRZ 2013, 363 Rn. 45.

2035 Dose FamRZ 2013, 993, 996.

2036 BGH FamRZ 2013, 1022 Rn. 20 f. unter Bezugnahme auf BVerfG FamRZ 2005, 1051 ff.

2037 Holzer NZFam 2016, 534.

2038 BGH FamRZ 2004, 443.

2039 BGH, 17.06.2015 – XII ZB 458/14 Rn. 49 ff., FamRZ 2015, 1594 m. zust. Anm. Borth S. 1598 u. m. Anm. Götsche FF 2015, 496; bestätigt BGH, 18.01.2017 – XII ZB 118/16, FamRZ 2017, 519 Rn. 51.

2040 So ausdrücklich BGH, 25.09.2019 – XII ZB 25/19, FamRZ 2020, 21, wengleich zum Ehegattenunterhalt; dies kann für die Grundlage der sek. AV beim Elternunterhalt aber nicht anders sein; eine Aufrundung hat der BGH hier nicht zugelassen.

2041 BGH, 18.01.2017 – XII ZB 118/16, FamRZ 2017, 519; FamRZ 2004, 792; 2006, 1511; 2007, 793; 2010, 1535; 2013, 868 Rn. 17, 18; Weinreich FuR 2013, 509, 511; vgl. Kap. 6 Rdn. 161, 164 – die Leitlinien der OLG sehen z.T. 24 % vor.

2042 Wendl/Dose/Wönne § 2 Rn. 930; vgl. Kap. 6 Rdn. 246.

2043 Brudermüller NJW 2004, 633; OLG Hamm FamRZ 2013, 1146.

sen war; die Schulden sind daher nicht zu berücksichtigen, weil zu dieser Zeit bereits eine Inanspruchnahme wegen Elternunterhalt erfolgt war.²⁰⁴⁴ Aufwendungen, die für die Haltung eines Tieres entstehen, das nicht dem Zwecke der Einkommenserzielung dient, sind auch bei der Inanspruchnahme auf Elternunterhalt grundsätzlich von dem dem Unterhaltsschuldner zu belastenden Selbstbehalt zu bestreiten.²⁰⁴⁵ Aufwendungen für eine Hausrats- und Haftpflichtversicherung können auch bei der Inanspruchnahme auf Elternunterhalt nicht berücksichtigt werden.²⁰⁴⁶

bb) Altersvorsorge (primäre und sekundäre)

Vermögensbildende Ausgaben sind, soweit sie der Altersvorsorge dienen, vorweg abzuziehen, weil sie den eigenen Unterhalt decken (z.B. Aufwendungen für das Familienheim) oder ihn im Alter sichern sollen²⁰⁴⁷ (z.B. eine Lebensversicherung, auch Kapitallebensversicherungen, Abzahlungen für eine vermietete Eigentumswohnung²⁰⁴⁸). Anzuerkennen ist für Selbstständige und Nichtselbstständige – auch bei einem Einkommen über der Beitragsbemessungsgrenze – eine Altersvorsorge von insgesamt 23,6 % des Bruttoeinkommens (5 % zusätzlich zur gesetzlichen Rentenversicherung).²⁰⁴⁹ Das entspricht der Rechtsprechung des BGH, nach der einem Unterhaltspflichtigen die Möglichkeit eröffnet ist, zusätzliche Vorkehrungen für sein Alter zu treffen, damit er nicht seinerseits auf Unterhaltsansprüche oder staatliche Hilfe angewiesen ist.²⁰⁵⁰ Dem Unterhaltspflichtigen steht es frei, auf welche Art er die Vorsorge für das Alter trifft, solange sie nur geeignet sind, den Vorsorgezweck zu erreichen.²⁰⁵¹ In thesaurierender Form angelegtes Kapitalvermögen ist dem Pflichtigen – neben der Gesamaltersvorsorge von 23,6 % zu belassen.²⁰⁵²

Lebt der Unterhaltspflichtige im eigenen Wohnraum, sind neben den Zinsen die **Tilgungsleistungen** bis zur Höhe des **Wohnvorteils** vom Einkommen des Elternunterhaltspflichtigen abzuziehen, ohne dass dies seine Befugnis zur Bildung eines zusätzlichen Altersvorsorgevermögens schmälert. Der den Wohnvorteil dann noch übersteigende Tilgungsanteil ist als Vermögensbildung zu Lasten des Unterhaltsberechtigten im Rahmen der sekundären Altersvorsorge auf die Altersvorsorgequote von 5 % des Bruttoeinkommens des Elternunterhaltspflichtigen anzurechnen.²⁰⁵³ Unter Berücksichtigung und nach Gegenrechnung des Wohnwerts dürfen die (weitergehenden) Aufwendungen für die Immobilie und diejenigen für die sekundäre Altersvorsorge daher nicht den zulässigen Rahmen von 5 % des Vorjahresbruttoeinkommens übersteigen.²⁰⁵⁴ Die den Wohnwert und eine zusätzliche Altersvorsorgequote von 5 % des Bruttoeinkommens übersteigende Tilgungsleistungen sind somit grundsätzlich nicht absetzbar. Denn insoweit steht der durch die Vermögensdisposition und die später hinzugekommene Unterhaltspflicht bedingte Einschränkung des Lebensstandards eine entsprechende höhere Alterssicherung gegenüber.²⁰⁵⁵ Dies kann ggf. anders zu beurteilen sein, wenn

2044 OLG Hamm FamRZ 2013, 1146; bestätigt durch BGH FamRZ 2014, 538 Rn. 44 m. Anm. *Seiler* S. 636.

2045 OLG Hamm FamRZ 2013, 1146 Rn. 60; BGH FamRZ 2014, 538 Rn. 45–47 m. Anm. *Seiler* S. 636.

2046 BGH FamRZ 2010, 1535; *Reinken* NJW 2013, 2993, 2997.

2047 BGH FamRZ 2010, 1535; vgl. auch *Wendl/Dosel/Gerhardt* § 1 Rn. 1034, 1037.

2048 BGH FamRZ 2004, 792, 793.

2049 BGH, 25.09.2019 – XII ZB 25/19, FamRZ 2020, 21; BGH FamRZ 2004, 792; 2006, 1511; 2007, 793; 2010, 1535; 2013, 868 Rn. 17, 18; *Weinreich* FuR 2013, 509, 511; der Rentenversicherungsbeitragsatz liegt seit dem 01.01.2018 bei 18,6 %; bezüglich der Leitlinien der jeweiligen OLGs s. jeweils dort Nr. 10.1; BGH FamRZ 2013, 1554 Rn. 18; 868 Rn. 17 und 363 Rn. 35; *Dose* FamRZ 2013, 993, 997; unzutreffend insoweit *Wendl/Dosel/Gerhardt* § 1 Rn. 1034, wonach der BGH die Gesamaltersvorsorge unabhängig vom gesetzlichen Rentenbeitragsatz auf 24 % bzw. 25 % festgeschrieben habe.

2050 BGH FamRZ 2013, 868 Rn. 17 und 363 Rn. 35; 2006, 1511 Rn. 30 m.w.N.; *Wendl/Dose/Wönne* § 2 Rn. 949.

2051 BGH FamRZ 2003, 860 m. Anm. *Klinkhammer*.

2052 OLG Düsseldorf FamRZ 2009, 1077.

2053 BGH, 18.01.2017 – XII ZB 118/16, FamRZ 2017, 517.

2054 BGH FamRZ 2013, 868 Rn. 17; *Reinken* NJW 2013, 2993, 2996.

2055 BGH, 18.01.2017 – XII ZB 118/16, FamRZ 2017, 517.

dadurch die Immobilienfinanzierung gefährdet wäre oder sich der Unterhaltspflichtige aus einem vor Bekanntwerden seiner Unterhaltspflicht zusätzlich abgeschlossenen Altersvorsorgevertrag nicht lösen bzw. diesen nicht beitragsfrei stellen kann.²⁰⁵⁶ Die zusätzliche Altersvorsorge darf das unterhaltspflichtige Kind bis zum Beginn des allgemeinen Rentenalters betreiben (§§ 35, 235 SGB VI); auch bei vorzeitigem Ausscheiden aus dem Erwerbsleben – ohne die Möglichkeit primärer Altersvorsorge – bleibt dem Unterhaltspflichtigen die Möglichkeit der zusätzlichen Altersvorsorge.²⁰⁵⁷

Sonstige Vermögensbildung geht dagegen der Unterhaltsverpflichtung nicht vor.²⁰⁵⁸

cc) Vorrangige Unterhaltspflichten

- 472 Abzugsposten sind ferner vorrangige Unterhaltslasten, z.B. für **Kinder und Ehegatte**.²⁰⁵⁹ Titulierter Ehegattenunterhalt bei Getrenntlebenden/Geschiedenen ist i.H.d. Titels abzuziehen. Unterhaltsberechtigzte Kinder des Pflichtigen sind entsprechend der DT mit dem Zahlbetrag anzusetzen, sofern kein Kindesunterhalt geleistet wird; ansonsten ist im Rahmen der Prüfung der Leistungsfähigkeit für den Elternunterhalt der vom Unterhaltsschuldner an sein minderjähriges Kind geleistete Betreuungsunterhalt nicht zu monetarisieren.²⁰⁶⁰ Die Leistungsfähigkeit ist jedoch um dasjenige gemindert, was der Unterhaltsschuldner an sein minderjähriges **Kind** neben der Betreuungsleistung als **Barunterhalt in der Form von Naturalunterhalt** erbringt. Dieser errechnet sich nach dem Tabellenunterhalt aus dem gemeinsamen Einkommen beider Elternteile unter Abzug des halben Kindergelds und des vom anderen Elternteil geleisteten Barunterhalts.²⁰⁶¹ Das dem betreuenden Elternteil zustehende hälftige Kindergeld ist bei diesem kein unterhaltsrelevantes Einkommen. Diese Hälfte des Kindergelds, die dem betreuenden Elternteil zusteht, unterstützt ihn bei der Erbringung der Betreuungsleistung. Sie ermöglicht Ausgaben, die im Zusammenhang mit der Betreuungsleistung entstehen, jedoch nicht zum unterhaltsrechtlichen Bedarf des Kindes zählen, wie etwa ein eigenes Eintrittsgeld des betreuenden Elternteils bei der Begleitung des Kindes zu einer Veranstaltung oder in eine Einrichtung.²⁰⁶² **Aber:** Trifft die Kinderbetreuung mit einer Erwerbstätigkeit des betreuenden Elternteils zusammen, ist nicht ein pauschaler Betreuungsbonus zu gewähren, sondern hängt es von den besonderen Umständen des Einzelfalls ab, inwieweit das erzielte Einkommen ganz oder teilweise als überobligatorisch unberücksichtigt bleibt.²⁰⁶³

dd) Besuche des Elternteils

- 473 Angemessene Aufwendungen, die dem Unterhaltspflichtigen für Besuche eines unterhaltsberechtigten Elternteils im Heim entstehen, mindern grundsätzlich die Leistungsfähigkeit,²⁰⁶⁴ da die Besuche der **Aufrechterhaltung der familiären Beziehungen** dienen, die durch **Art. 6 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich geschützt** sind. Sie entsprechen zudem dem Bedürfnis, dem Elternteil auch im Heim und trotz der Entfernung zum Wohnort des Pflichtigen Fürsorge zuteil werden zu lassen, sich von ihrem Wohlergehen zu überzeugen sowie eventuelle Wünsche des Elternteils zu erfragen. Der Zweck der Aufwendungen beruht deshalb auf einer unterhaltsrechtlich anzuerkennenden sittlichen Verpflichtung gegenüber dem Elternteil. Insofern stehen die Interessen von Unterhaltsberechtigtem und Unterhaltspflichtigem auch nicht im Widerstreit; vielmehr entsprechen solche Besuche grundsätzlich dem wechselseitigen Bedürfnis auf Pflege der familiären Verbundenheit. Selbst wenn dem Pflichtigen die Möglichkeit der Inanspruchnahme auf Elternunterhalt bekannt war, brauchte er von

2056 BGHZ 154, 247 = FamRZ 2003, 1179, 1181 f.

2057 BGH FamRZ 2010, 1535 Rn. 26.

2058 BGH FamRZ 2004, 370; 2004, 443.

2059 BGH FamRZ 2004, 792; Kap. 6 Rdn. 217.

2060 BGH, 15.02.2017 – XII ZB 201/16 FamRZ 2017, 711.

2061 BGH, 15.02.2017 – XII ZB 201/16 FamRZ 2017, 711 (LS 2).

2062 BGH, 15.02.2017 – XII ZB 201/16 FamRZ 2017, 711 (LS 3) sowie dort Rn. 17 unter Hinweis auf BGH FamRZ 2009, 1300 und 2009, 1477 und BT-Drucks. 16/1830 S. 30.

2063 BGH, 15.02.2017 – XII ZB 201/16 FamRZ 2017, 711 (LS 4).

2064 BGH FamRZ 2013, 868 Rn. 30; FamRZ 2014, 538 Rn. 44; OLG Hamm FamRZ 2013, 1146 Rn. 51.

den Kosten verursachenden Besuchen bei dem Elternteil nicht abzusehen. Denn das Unterhaltsrecht darf dem Unterhaltspflichtigen finanziell nicht die Möglichkeit nehmen, seinen Umgang zur Erhaltung der Eltern-Kind-Beziehung auszuüben.²⁰⁶⁵ Bei der Angemessenheitsprüfung der Höhe der Kosten ist ein großzügiger Maßstab anzulegen.²⁰⁶⁶

b) Immobilie des Unterhaltspflichtigen

Es muss differenziert werden, zwischen dem anrechenbaren Wohnwert, etwaiger sekundärer Altersvorsorgeaufwendungen, und der selbstgenutzten Immobilie als Vermögen des Kindes. 474

aa) Ansatz eines Wohnwertes

Auch beim Elternunterhalt ist zur Beurteilung der Leistungsfähigkeit des Unterhaltsverpflichteten grundsätzlich ein Wohnwert anzusetzen. Zu den wirtschaftlichen Nutzungen (§ 100 BGB) können auch die Gebrauchsvorteile eines Eigenheims zählen, denn durch das Bewohnen eines eigenen Hauses oder einer Eigentumswohnung entfällt die Notwendigkeit der Mietzahlung, die in der Regel einen Teil des allgemeinen Lebensbedarfs ausmacht. Soweit bei einer Gegenüberstellung der ersparten Wohnkosten und der zu berücksichtigenden Belastung der Nutzungswert eines Eigenheims den Aufwand übersteigt, ist die Differenz dem Einkommen des Unterhaltspflichtigen hinzuzurechnen.²⁰⁶⁷ Der Wohnvorteil eines Unterhaltspflichtigen ist auch bei der Inanspruchnahme auf Elternunterhalt dem Einkommen hinzuzurechnen und nicht lediglich im Rahmen der vom Selbstbehalt umfassten Wohnkosten zu berücksichtigen; es bleibt bei der grundsätzlichen Berücksichtigung dieses geldwerten Vorteils.²⁰⁶⁸ Soweit die Zurechnung des Wohnwertes oder vergleichbarer Gebrauchsvorteile im Ergebnis dazu führt, dass dem Unterhaltsschuldner wegen des damit verbundenen fehlenden realen Zuflusses finanzieller Mittel keine ausreichenden Barmittel zur Deckung des eigenen Unterhaltsbedarfs verbleiben, kann dem über eine Angemessenheitskontrolle (z.B. durch Absehen von einer Herabsetzung oder Erhöhung des ihm zu belassenden Selbstbehalts) begegnet werden. Die Notwendigkeit einer Angemessenheitskontrolle im Einzelfall rechtfertigt es jedoch nicht, in jedem denkbaren Fall eine Verlagerung des geldwerten Vorteils einer Sache von der Berücksichtigung als Einkommensposition in den Bereich der Leistungsfähigkeit vorzunehmen und damit die Einkommensfunktion des geldwerten Vorteils zu negieren.²⁰⁶⁹ 475

bb) Angemessener Wohnwert

Dabei ist der Wohnwert bei der Inanspruchnahme auf Elternunterhalt nicht mit der bei einer Fremdvermietung erzielbaren objektiven Marktmiete, sondern auf der Grundlage der unter den gegebenen Verhältnissen ersparten Miete (angemessener Wohnwert) zu bemessen.²⁰⁷⁰ 476

Bei Miteigentum von Ehegatten ist ein Mietwert nur bezogen auf das unterhaltspflichtige Kind anzusetzen.²⁰⁷¹

cc) Abzugsposten vom Wohnwert

Abzuziehen sind hiervon, soweit vorhanden, Hausschulden (Zins und Tilgung; ebenso Prämienzahlungen auf die zur Tilgung abgeschlossene Lebensversicherung), und zwar dem Grunde nach 477

2065 BGH FamRZ 2013, 868 Rn. 30; BVerfG FamRZ 2003, 1370, 1377 zum Umgangsrecht mit minderjährigen Kindern.

2066 *Hauß* FamRZ 2013, 870 in Anm. zu BGH FamRZ 2013, 868.

2067 BGH – XII ZB 118/16 FamRZ 2017, 519 Rn. 23.

2068 OLG Hamm FamRZ 2013, 1146; bestätigt durch BGH FamRZ 2014, 538 m. Anm. *Seiler* S. 636.

2069 OLG Hamm FamRZ 2013, 1146; bestätigt durch BGH FamRZ 2014, 538 m. Anm. *Seiler* S. 636.

2070 BGH, 18.01.2017 – XII ZB 118/16 Rn. 23, FamRZ 2017, 519; 2015, 1172 Rn. 19 m.w.N.; 2013, 1554 Rn. 20; 2013, 868 Rn. 19; 2003, 1179.

2071 *Reinken* NJW 2013, 2993, 2996.

auch, wenn sie den Wohnwert übersteigen, da mit dem Eigenheim der Wohnbedarf, d.h. der eigene Unterhalt, gedeckt wird.²⁰⁷² Der Ansatz ist aber nicht grenzenlos zulässig, vielmehr nach Ansicht des BGH auf den Wohnwert und eine darüberhinaus anzuerkennende sekundäre Altersvorsorge begrenzt. Hierzu ist wie folgt zu prüfen:

In Fällen von Elternunterhalt ist zunächst das Einkommen des unterhaltspflichtigen Kindes zu klären. Vom Einkommen können abzugsfähige Verbindlichkeiten und auch Vorsorgeaufwendungen, insbesondere die sekundäre Altersvorsorge in Höhe von 5 %, soweit sie tatsächlich geleistet wird, in Abzug gebracht werden.

Hat das unterhaltspflichtige Kind eine selbstgenutzte Immobilie angeschafft, ist ein angemessener Wohnwert für die Nutzung anzurechnen. Vom angemessenen Wohnwert sind die geleisteten Zinszahlungen für die Immobilie in Abzug zu bringen. Verbleibt dann immer noch ein Wohnwert, so sind auch die Tilgungsleistungen in Abzug zu bringen. Danach muss geprüft werden, ob noch ein Wohnwert verbleibt.²⁰⁷³

- Ist dies der Fall, so ist dieser Wohnwert den Einkünften des unterhaltspflichtigen Kindes hinzuzurechnen. Darüber hinaus kann das Kind dann noch sekundäre Altersvorsorge in Höhe von 5 % des Bruttoeinkommens betreiben. Diese Altersvorsorge ist, sofern sie tatsächlich geleistet wird, vom Einkommen als Verbindlichkeit abzuziehen.
- Ist dies nicht der Fall, so sind die Tilgungsleistungen bis zur Höhe des Wohnwerts in Abzug zu bringen. Die darüberhinausgehenden Tilgungsleistungen werden dann der sekundären Altersvorsorge bis zu einer Höhe von 5 % des Bruttoeinkommens hinzugerechnet und können vom Einkommen als Verbindlichkeit abgezogen werden. Verbleiben dann noch immer Tilgungsleistungen, so können diese nicht mehr als Abzugsposten abgezogen werden.²⁰⁷⁴

Ein weitergehender Abzug dürfte in Ausnahmefällen in Betracht kommen, insbesondere wenn durch eine Begrenzung der Berücksichtigungsfähigkeit bei dann verbleibenden finanziellen Mitteln die Immobilienfinanzierung gefährdet wäre oder sich der Unterhaltspflichtige aus einem vor Bekanntwerden seiner Unterhaltspflicht zusätzlich abgeschlossenen Altersvorsorgevertrag nicht lösen bzw. diesen nicht beitragsfrei stellen kann.²⁰⁷⁵

dd) Immobilie als Vermögen

- 478 Hinsichtlich des Einsatzes von Vermögen ist zu beachten, dass dieses erst dann heranzuziehen ist, wenn das Einkommen nicht genügt, um den Anspruch auf Elternunterhalt zu decken. Dann ist jedoch zu beachten, dass die selbstgenutzte Immobilie – anders als die fremdvermietete Immobilie – nicht als Vermögenswert für den Elternunterhalt eingesetzt werden muss, wenn es sich um eine angemessene Wohnung handelt (s. unten).²⁰⁷⁶

c) Nutzungsvorteil Firmenfahrzeug

- 479 Auch der Nutzungsvorteil (§ 100 BGB) eines Firmenfahrzeugs stellt ein zu berücksichtigendes Einkommen dar. Der Vorteil wird i.d.R. nach den steuerrechtlichen Grundlagen bemessen (Einkommenregel).²⁰⁷⁷ Die steuerrechtliche Förderung der Elektromobilität (0,5 % – oder 0,25 % – Ansatz) dürfte unterhaltsrechtlich nicht zu übernehmen sein, da damit eine wesentlich geringere Wertbemessung einhergeht, die mit der Nutzung und dem diesbezüglichen Vorteil nichts gemeinsam hat.

2072 BGH FamRZ 2003, 1179; OLG Hamm FamRZ 2010, 303; Wendl/Dose/Wönne § 2 Rn. 954.

2073 BGH, 18.01.2017 – XII ZB 118/16, FamRZ 2017, 519; Seiler FamRB 2017, 170.

2074 BGH, 18.01.2017 – XII ZB 118/16, FamRZ 2017.

2075 BGH, 18.01.2017 – XII ZB 118/16, FamRZ 2017; BGHZ 154, 247 = FamRZ 2003, 1179, 1181.

2076 BGH FamRZ 2013, 1554, 1557 Rn. 39.

2077 Vgl. z.B. OLG Hamm, 30.10.2008 – 2 UF 43/08, FamRZ 2009, 981; Holthusen FamRZ 2020, 71.

Das OLG Hamm²⁰⁷⁸ hat sich mit der Nutzung des Firmenfahrzeugs beschäftigt. Es geht von dem durch den geldwerten Vorteil erhöhten Gesamtbruttoeinkommen aus, welches letztlich zu einem Steuernachteil beim Fahrzeugnutzer führt. Der Steuernachteil darf aber im Rahmen der Berechnung des zur Verfügung stehenden Einkommens nicht nochmals abgezogen werden, da andernfalls eine unzulässige Doppelberücksichtigung des Steuernachteils erfolgen würde. Die Kosten für Fahrten zwischen Wohnung und Arbeitsstätte sind dagegen abzuziehen, auch wenn das Fahrzeug hierfür kostenfrei genutzt werden darf, da es sich um berufsbedingte Aufwendungen handelt. Diese Kosten sind nach den gängigen unterhaltsrechtlichen Bewertungen (Entfernungskilometersatz x 2 x Arbeitstage)²⁰⁷⁹ vom Einkommen als Werbungskosten oder mit der Werbungskostenpauschale abzugsfähig. Soweit geltend gemacht wird, es würde privat kein so teures Auto gefahren werden, ist zu belegen, dass sich um ein kleineres Fahrzeug bemüht wurde.

Hauß spricht sich für die Zurechnung eines zu schätzenden »angemessenen« Nutzungsvorteils aus, so wie es beim Wohnwert im Rahmen des Elternunterhalts gemacht wird.²⁰⁸⁰

d) Vermögen

Auch der **Pflichtige** muss im Einzelfall vorhandenes **Vermögen** einsetzen, wenn er aufgrund seines Einkommens nicht leistungsfähig ist.²⁰⁸¹ Eine allgemeine Billigkeitsgrenze, wie bei § 1577 Abs. 3 für den Bedarf oder bei § 1581 Satz 2 BGB für die Leistungsfähigkeit beim nachehelichen Unterhalt vorgesehen, enthält das Gesetz für den Verwandtenunterhalt nicht.²⁰⁸² Eine Obliegenheit zum Einsatz des Vermögensstammes besteht nicht, wenn das Vermögen für den eigenen Unterhalt gebraucht wird oder die Verwertung mit einem wirtschaftlich nicht zu vertretenden Nachteil verbunden wäre.²⁰⁸³ Eine Vermögensverwertung kann deshalb nicht verlangt werden, wenn sie den Pflichtigen von fortlaufenden Einkünften abschneidet, die er zur Erfüllung weiterer Unterhaltsansprüche oder anderer berücksichtigungswürdiger Verbindlichkeiten oder zur Bestreitung des eigenen Unterhalts benötigt.²⁰⁸⁴ Dies gilt auch für das Familienheim zur Sicherung des Wohnbedarfs²⁰⁸⁵, für Rücklagen zum Kauf eines Eigenheims²⁰⁸⁶ und für sonstiges Vermögen durch Erwerb von Immobilien, Wertpapiere, Fondbeteiligungen, Sparvermögen, das als (zusätzliche) Altersvorsorge einschließlich der sog. zweiten Säule angelegt wurde.²⁰⁸⁷ Mit dem BGH sind bezüglich des Vermögens folgende drei Punkte zu differenzieren:²⁰⁸⁸

- die selbstgenutzte Immobilie
- das sonstige Vermögen und
- der sog. Notgroschen.

Für einen möglichen **Anspruchsübergang** gem. § 94 Abs. 1a SGB XII ist das Vermögen des **Pflichtigen unbeachtlich**. Insoweit kommt es nur auf das Überschreiten der Gesamtjahreseinkommensgrenze an.

2078 OLG Hamm FamRB 2015, 1974.

2079 Vgl. etwa SüdL 10.2.2.

2080 *Hauß* FamRB 2016, 7, 9 und *Hauß* Elternunterhalt Rn. 270 ff.

2081 BGH FamRZ 2013, 1554 Rn. 24; 1998, 367; 2002, 1698, 1702.

2082 *Dose* FamRZ 2013, 993, 997.

2083 BGH FamRZ 2013, 1554 Rn. 24; 203 Rn. 33 ff.; 2006, 1511.

2084 BGH FamRZ 2006, 1511.

2085 BGH FamRZ 2013, 1022 Rn. 20 f.

2086 OLG Hamm FamRZ 2010, 303.

2087 BGH FamRZ 2006, 1511; 2007, 793; 2009, 1207.

2088 BGH FamRZ 2013, 1554; i.E. auch OLG Düsseldorf FamRZ 2012, 270.

aa) Selbstgenutzte Immobilie

- 481 Der BGH hat zur selbstgenutzten Immobilie ausgeführt²⁰⁸⁹: Der Wert einer selbstgenutzten Immobilie bleibt bei der Bemessung des Altersvorsorgevermögens eines auf Elternunterhalt in Anspruch genommenen Unterhaltspflichtigen grundsätzlich unberücksichtigt, soweit es sich um ein angemessenes Wohneigentum handelt.²⁰⁹⁰ Der BGH führt insoweit aus, dass der Senat bereits entschieden hat, dass das Miteigentum an einer kleineren Eigentumswohnung Aufwendungen für die zusätzliche Altersversorgung nicht wegen anderweit bestehender Absicherung als Maßnahme der Vermögensbildung erscheinen lässt.²⁰⁹¹ Daraus folgt zwar nicht, dass selbstgenutztes Immobilieneigentum im Rahmen der Vermögensbewertung insgesamt unberücksichtigt zu bleiben hätte.²⁰⁹² Insofern besteht aber jedenfalls dann keine Verwertungspflicht, wenn es sich um den jeweiligen Verhältnissen angemessenes Wohneigentum handelt. Denn der Unterhaltspflichtige braucht bei der Inanspruchnahme auf Elternunterhalt keine spürbare und dauerhafte Senkung seines berufs- und einkommenstypischen Unterhaltsniveaus hinzunehmen. In die Beurteilung ist zwar einzubeziehen, dass der Unterhaltspflichtige im Alter keine Mietkosten zu bestreiten hat und seinen Lebensstandard dann mit geringeren Einkünften aus Einkommen und Vermögen sichern kann.²⁰⁹³ Soweit weiteres Vermögen der zusätzlichen Altersversorgung dienen soll, tritt der Verwendungszweck aber erst mit Beginn des Rentenbezugs ein. Das Altersvorsorgevermögen soll dann zur Aufrechterhaltung des bisherigen Lebensstandards genutzt werden. Wenn und soweit es hierfür nicht benötigt wird, steht es für Unterhaltszwecke zur Verfügung.²⁰⁹⁴ Selbstgenutzte Immobilien sind daher für den Elternunterhalt grds. nur über den Wohnwertanteil (Einkommenszufluss) beachtlich, können aber im Ausnahmefall insoweit auch auf die Bemessung der Angemessenheit einer zukünftigen Altersvorsorge Einfluss haben.²⁰⁹⁵

bb) sonstiges Vermögen

- 482 Zusätzlich ist ein individuelles Schonvermögen für die Risiken der allgemeinen Lebensführung zu belassen,²⁰⁹⁶ sodass i.d.R. Vermögen unter 100.000 € nicht einzusetzen ist. Zu belassen sind auch Vermögenswerte, z.B. Immobilien, Wertpapiere, deren Nutzungen (Miete, Zinsen) den eigenen Unterhalt sichern.²⁰⁹⁷ Der Nachteil einer Vermögensverwertung wird nicht dadurch beseitigt, wenn statt einer nicht zumutbaren Verwertung eine Beleihung verlangt wird.²⁰⁹⁸ Im Ergebnis kommt deshalb eine Vermögensverwertung des Pflichtigen nur in Ausnahmefällen in Betracht, nicht aber, wenn er keinen unangemessenen Aufwand betreibt und kein Leben in Luxus führt.²⁰⁹⁹

Die Höhe dieser Altersrücklage ist jeweils individuell nach dem entsprechenden Bruttoeinkommen und der Dauer der bisherigen Erwerbstätigkeit zu ermitteln. Da diese zusätzliche Altersvorsorge für die eigene Alterssicherung angelegt wurde, müssen die dadurch geschaffenen Vermögenswerte dem Zugriff von Unterhaltsgläubigern entzogen bleiben.²¹⁰⁰

- 483 Der BGH führt aus, dass sonstiges Vermögen in einer Höhe, wie es sich aus der Anlage von 5 % des Jahresbruttoeinkommens ergibt, vor dem Bezug der Altersversorgung regelmäßig nicht zur Zahlung von Elternunterhalt eingesetzt zu werden braucht.²¹⁰¹

2089 BGH FamRZ 2013, 1554, 1557 Rn. 39.

2090 Siehe hierzu auch *Grziwotz* FamRB 2014, 395, 397.

2091 BGH FamRZ 2013, 868 (Rn. 17).

2092 *Günther* FF 2012, 320, 321; *Engels* FF 2013, 56, 60 ff.

2093 BGH FamRZ 2006, 1511, 1515.

2094 BGH FamRZ 2013, 203 Rn. 38.

2095 Vgl. *Hauß* Elternunterhalt Rn. 674 ff.

2096 BGH FamRZ 2006, 1511.

2097 Vgl. z.B. OLG Köln FamRZ 2003, 471.

2098 BVerfG FamRZ 2005, 1051.

2099 OLG Hamm FamRZ 2010, 303.

2100 BGH FamRZ 2006, 1511.

2101 BGH FamRZ 2013, 1554.

Zusätzlich zu den Beiträgen zur gesetzlichen Rente sind noch bis zu 5 % des **letzten** Bruttoeinkommens, aufgezinnt mit 4 %²¹⁰² für die Dauer der bisherigen Lebensarbeitszeit, anererkennungsfähig.²¹⁰³ Soweit das OLG Nürnberg²¹⁰⁴ im Hinblick auf gesunkene Renditen auf dem Kapitalmarkt mit einer jährlichen Kapitalverzinsung von 3 % (anstatt von 4 %) gerechnet hat, wurde dies bereits im Schrifttum kritisiert.²¹⁰⁵ Der BGH hat dies auch abgelehnt und eine Rendite von 4 % zugrunde gelegt.²¹⁰⁶ In Bezug auf eine langjährige Rendite von 4 % sind Schwankungen nur eingeschränkt zu berücksichtigen; insbesondere der Renditerückgang hat sich erst in den letzten Jahren vollzogen. In Bezug auf das gesamte, (im konkreten Fall: seit 1971) andauernde Berufsleben des Pflichtigen ist es dann aber nicht gerechtfertigt, von einer niedrigeren Durchschnittsverzinsung auszugehen.²¹⁰⁷ Bei einem höheren Zinssatz hätte sich wiederum ein höheres Altersvorsorgevermögen errechnet.

► **Beispiel:**

Beträgt das durchschnittliche Bruttoeinkommen eines 48 Jahre alten Nichtselbstständigen z.B. jährlich 50.000 €, würde sich das nicht einzusetzende Vermögen für das Alter (Altersvorsorge) bei 30 Jahren Berufstätigkeit (18 Jahre bis jetzt: 48) neben der bestehenden Rentenversicherung weitere 5 % aus 50.000 € = 2.500 €, multipliziert mit dem Aufzinsungsfaktor 56,0849 (für 30 Berufsjahre bei einer Verzinsung von 4 %), somit 140.212,25 € betragen.²¹⁰⁸ **484**

Der BGH²¹⁰⁹ hat nunmehr entschieden, dass als Beginn der Lebensarbeitszeit zumindest der Beginn der Erwerbstätigkeit anzusetzen ist und nicht erst das Jahr 2001, in dem der Gesetzgeber sich entschlossen hat, die private Altersversorgung staatlich zu fördern. Entscheidend für die Zubilligung einer zusätzlichen Altersversorgung ist die Erkenntnis, dass die primäre Altersversorgung in Zukunft nicht mehr für eine angemessene Altersversicherung ausreichen wird, weil das Rentenniveau gesunken ist. Zutreffend wird aber in einer generalisierenden Betrachtungsweise und unter Berücksichtigung von § 851c ZPO der Beginn der Volljährigkeit und damit der 18. Geburtstag als allgemeiner Anfangszeitpunkt für die Bildung eines solchen Altersschonvermögens angenommen, auch wenn dieser bei einer längeren Ausbildung vielfach deutlich später liegen mag.²¹¹⁰ So können jedoch Ungerechtigkeiten im Falle eines späten Berufseinstieges (z.B. langjähriges Studium) vermieden werden. **485**

Schlechter behandelt wird dagegen die Hausfrau in der »Hausfrauenehe«, wie sich aus folgender Entscheidung des BGH, XII 236/14, ergibt:²¹¹¹

1. Für den zur Zahlung von Elternunterhalt Verpflichteten, der verheiratet ist und kein eigenes Erwerbseinkommen erzielt, besteht grundsätzlich kein Bedürfnis für die Bildung eines eigenen Altersvorsorgevermögens (Abgr. zu FamRZ 2006, 1511 und FamRZ 2013, 1554).
2. Dies gilt aber nicht, soweit der Unterhaltspflichtige über seinen Ehegatten nicht hinreichend für das Alter abgesichert ist, was er darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen hat.
3. Eine unzureichende Altersversorgung ist gegeben, wenn der Ehegatte selbst nicht über eine den Maßstäben zum Elternunterhalt entsprechende Altersversorgung verfügt.

Im Ergebnis wird durch die Leitsätze 2 und 3 die Möglichkeit eines Korrektivs gegeben, so dass sich unbillige Ergebnisse verhindern lassen.

2102 BGH FamRZ 2013, 1554 Rn. 30.

2103 BGH FamRZ 2013, 1554 (Rn. 30); BGH FamRZ 2006, 1511.

2104 OLG Nürnberg FamRB 2012, 270 = FF 2012, 314.

2105 *Hauß* Elternunterhalt Rn. 633; *Günther* FF 2012, 320, 321; *Engels* FF 2013, 56, 60.

2106 BGH FamRZ 2013, 1554 Rn. 30; BGH FamRZ 2006, 1511.

2107 BGH FamRZ 2013, 1554 Rn. 30; BGH FamRZ 2006, 1511.

2108 Die Aufzinsfaktortabellen können im Internet abgerufen werden. Eine die 5 %-Grenze inzident enthaltende Aufzinsungstabelle mit jährlich 4 % findet sich bei *Hauß* Elternunterhalt Rn. 1015.

2109 BGH FamRZ 2013, 1554 Rn. 29.

2110 *Rahm/Künkel/Markwardt* (Stand Sept. 2013) Elternunterhalt Rn. 176 m.w.N.; *Hauß* Elternunterhalt Rn. 632.

2111 BGH FamRZ 2015, 1172.

cc) Notgroschen

- 486 Nachdem der BGH bereits dem Unterhaltsberechtigten einen Notgroschen zugestanden hat, muss dies letztlich auch für den Unterhaltsbedürftigen gelten, da sich auch bei ihm aus den Wechselfällen des Lebens ein unerwarteter Bedarf ergeben kann, den er aus seinem laufenden Einkommen nicht zu befriedigen vermag. Zur Höhe führt der BGH aus, dass der sozialhilferechtliche Schonbetrag²¹¹² die untere Grenze darstellt; es sei ein **großzügiger Maßstab** – aber **kein pauschaler Betrag** anzusetzen – und auf die Umstände des **Einzelfalls** abzustellen. Maßstab können sein, die Einkommensverhältnisse und sonstige Unterhaltsverpflichtungen.²¹¹³ Im entschiedenen Fall, in dem der allein-stehende, kinderlose Antragsgegner über ein Erwerbseinkommen unterhalb des Selbstbehalts verfügte, erschien dem BGH jedenfalls der vom Antragsteller eingeräumte Betrag von 10.000 € ausreichend.²¹¹⁴ *Hauß*²¹¹⁵ hält jedenfalls drei Nettomonatsgehälter für angemessen; *Günther*²¹¹⁶ meint, ein Betrag von 10.000 € bis 26.000 € sei unabdingbar, auch um dem durch die Pflegeversicherung nur unzu-länglich abgesicherten Risiko der Folgen der Pflegebedürftigkeit oder der Gefahr einer langjährigen Erkrankung begegnen zu können; ähnlich *Scholz/Kleffmann/Motzer/Soyka*:²¹¹⁷ 10.000 € bis 25.000 € und *Hußmann*:²¹¹⁸ 26.000 €.

e) Selbstbehalt

- 487 Bezüglich des Selbstbehaltes im Elternunterhalt dürfte die bisherige Bemessungsmethode und deren Grundlage nicht auf die Zeiträume ab 01.01.2020 zu übernehmen und fortzuführen sein, weil inso- weit die Auswirkungen des Angehörigen-Entlastungsgesetzes tiefgreifende Folgen haben dürften. Folglich ist hierzu wiederum eine **unterschiedliche Betrachtung für Zeiträume bis 31.12.2019 und die Folgezeit ab 01.01.2020** erforderlich.
- 488 Für **Sachverhalte bis 31.12.2019** ist von Folgendem auszugehen:

Nach Ansicht des BGH kann **der Selbstbehalt** des unterhaltspflichtigen Kindes gegenüber seinen Eltern nicht losgelöst von der Lebensstellung, die dem Einkommen, Vermögen und dem sozialen Rang des Pflichtigen entspricht, bestimmt und deshalb nicht durchgehend mit einem festen Betrag angesetzt werden.²¹¹⁹ Er ist vielmehr vom Tatrichter nach den konkreten Umständen des Einzelfal- les unter besonderer Berücksichtigung der jeweiligen Lebensverhältnisse zu ermitteln,²¹²⁰ wobei ein Mindesteigenbedarf nicht unterschritten werden darf. Dabei ist auch bei der Leistungsfähigkeit zu beachten, dass der Inanspruchnahme auf Elternunterhalt ein rechtlich vergleichsweise schwach aus- gestalteter Anspruch zugrunde liegt (vgl. § 1609 Nr. 6 BGB),²¹²¹ ferner, dass sich das Kind in den meisten Fällen in seiner Lebensplanung nicht auf eine Unterhaltsleistung an seine Eltern eingestellt hat und über Steuern und Sozialabgaben bereits zum Einkommen der älteren Generation beiträgt.²¹²² Deshalb hat dem Pflichtigen nach BGH **zusätzlich die Hälfte der Differenz zwischen Selbstbehalt und bereinigtem Nettoeinkommen** zu verbleiben.²¹²³ Dem sind alle Leitlinien in Nr. 21.3 nach- gekommen, indem sie beim Elternunterhalt nur noch Mindestselbstbehaltssätze festsetzen zuzüglich 50 % der Differenz zum bereinigten Nettoeinkommen.

2112 Für den Bedürftigen seit 2017: 5.000 € zuzügl. 256 € je Unterhaltsberechtigter Person.

2113 BGH FamRZ 2013, 1554 Rn. 37.

2114 BGH FamRZ 2013, 1554 Rn. 37; 29.04.2015 – XII ZB 236/14, FamRZ 2015, 117.

2115 *Hauß* Elternunterhalt Rn. 514; *Engels* FF 2013, 56.

2116 MAH Familienrecht/*Günther* 3. Aufl. § 11 Rn. 93.

2117 *Scholz/Kleffmann/Motzer/Soyka* Praxishandbuch Familienrecht Stand Januar 2013 Teil J Rn. 44.

2118 *Heiß/Born/Hußmann* Unterhaltsrecht Kap. 13 Rn. 74.

2119 BGH FamRZ 2006, 1511; 2010, 1535; 2013, 363; 2016, 887 Rn. 14–16.

2120 BGH FamRZ 2004, 366; 2006, 1511.

2121 BVerfG FamRZ 2005, 1051; BGH FamRZ 2004, 366; 2006, 1511; 2010, 1535.

2122 BGH FamRZ 1992, 795.

2123 BGH FamRZ 2002, 1698; 2006, 1511; 2010, 1535; 2013, 363 Rn. 45; 2016, 887 Rn. 14–16.

► **Hinweis:**

Der Mindestselbstbehalt für die **Leistungsfähigkeit des Kindes** beträgt nach der DT und den Leitlinien Nr. 21.3 für den Zeitraum 01.01.2015 bis 31.12.2019: 1.800 €, für 2020: 2.000 €. ²¹²⁴ 489

Für den Mindestselbstbehalt 2020 ist aber zwingend zu beachten, dass die Auswirkungen des Angehörigen-Entlastungsgesetzes hierbei ausdrücklich noch keine Berücksichtigung fanden! Damit darf dieser Selbstbehaltssatz nicht unesehen angewandt werden!

Nach BGH bestehen i.R.d. Elternunterhalts bisher keine Bedenken, den Betrag einheitlich festzusetzen und nicht zwischen Erwerbs- und Nichterwerbstätigen zu differenzieren. ²¹²⁵ In diesem Betrag sind jeweils Kosten für Unterkunft und Heizung von 480 € (2015–2019) bzw. 700 € enthalten (seit 2020). ²¹²⁶ Bei höheren Wohnkosten ist der Selbstbehalt entsprechend heraufzusetzen. Ein Umzug des Pflichtigen in eine billigere Wohnung ist beim Elternunterhalt regelmäßig unzumutbar. Hat der Pflichtige dagegen geringere Mietkosten, berechtigt dies nicht zur Kürzung seines Selbstbezahls, da es ihm überlassen bleibt, wie er seine Geldmittel verwendet. ²¹²⁷ 490

Durch die **Erhöhung des Mindestbetrags um die Hälfte der Differenz zum bereinigten Nettoeinkommen des Pflichtigen** werden bei durchschnittlichen Einkünften und normaler Lebensstellung in den meisten Fällen die Belange des Pflichtigen in ausreichendem Maße berücksichtigt, ²¹²⁸ zumal bei der Bereinigung des Nettoeinkommens ein großzügiger Maßstab angebracht ist. Der Selbstbehalt kann dann im Ergebnis wie bisher pauschaliert festgesetzt werden.

► **Beispiel 1:**

(Prämisse: Unterhaltszeitraum 2019) 491

Das bereinigte Nettoeinkommen des Pflichtigen beträgt 2.200 €. →

der Selbstbehalt beläuft sich auf 2.000 $(1.800 + \frac{1}{2} [2.200 - 1.800])$ →

Pflichtiger hat $(2.200 - 2.000) = 200$ € einzusetzen.

Im Einzelfall wird man den Selbstbehalt aber noch weiter erhöhen müssen, z.B. bei besonderen Belastungen des Pflichtigen, einer sehr gehobenen Lebensstellung usw. Bei einer durchschnittlichen Sparquote in der BRD von ca. 10 % des verfügbaren Einkommens ist zu beachten, dass die Mittel, die der Vermögensbildung dienen, dem Unterhalt nicht vorgehen. Sie sind daher auf jeden Fall für den Elternunterhalt einzusetzen, es sei denn, die Vermögensbildung beruht auf der Finanzierung des Familienheimes oder der Altersvorsorge, da die Sicherung des eigenen Unterhalts immer der Unterhaltsverpflichtung gegenüber den Eltern vorgeht. ²¹²⁹ 492

Für **Sachverhalte ab 01.01.2020** ist zu beachten, dass der in der DT und den Leitlinien 2020 festgelegte Elternunterhalts-Mindestselbstbehalt (2.000 €) die Auswirkungen des Angehörigen-Entlastungsgesetzes nicht berücksichtigt hatte. Diese können aber auch im Rahmen der Leistungsfähigkeitsprüfung beim Verpflichteten nicht negiert werden. Mit dem Angehörigen-Entlastungsgesetz 493

2124 DT Anm. D 1; SüdL, BL, BrL, BraL, BrauL, CL, DL, DrL, FL, HaL, HL, KL, KoL, NaL, OL; RoL, SchL, ThL jeweils Nr. 21.3.

2125 BGH FamRZ 2006, 1099; für den Ehegattenselbstbehalt und § 1615l BGB-Verpflichtete folgen die OLGe zwischenzeitlich vermehrt der Ansicht des BGH (16.10.2019 – XII ZB 341/17, FamRZ 2020, 97 Rn. 28) und unterscheiden auch dort zwischen Erwerbstätigen und Nichterwerbstätigen (vgl. nunmehr z.B. SüdL Nr. 21.3.2).

2126 DT Anm. D 1, SüdL Nr. 21.3.

2127 BGH FamRZ 2004, 186; 2004, 370.

2128 *Brudermüller* NJW 2004, 633; BGH FamRZ 2013, 363 (Rn. 45); 2016, 887 Rn. 14–16.

2129 BGH FamRZ 2004, 370; 2004, 443; 2006, 1511.

soll die Inanspruchnahme von Unterhaltspflichtigen bis zu einem Gesamtjahresbruttoeinkommen von 100.000 € verhindert werden. Insoweit würde es aber zu nicht erkläraren Verwerfungen führen, wenn Kinder mit einem Gesamtjahresbruttoeinkommen von knapp über 100.000 € mit ihrem Einkommen vollumfänglich nach den vorgenannten, bisher gültigen Bemessungsparametern der Leistungsfähigkeit, also unter Ansatz eines Mindestselbstbehalts von nur 2.000 €, zur Leistung von Elternunterhalt herangezogen werden könnten. Inwiefern dies alles zukünftig ggf. Einfluss auf die Bemessung des Selbstbehalts für den Elternunterhalt haben kann, bleibt abzuwarten. Entsprechende Stimmen zur Heraufsetzung des Elternselbstbehalts sind aber bereits deutlich zu vernehmen, wobei gleichzeitig eine Vereinfachung des Elternunterhalts aus dem Einkommen angemahnt wird.²¹³⁰ Hierbei wird regelmäßig ein Betrag von 5.000 € (bis 5.500 €) vorgeschlagen, ausgehend von einem Bruttoeinkommen von 100.000 € mit einem daraus resultierenden Nettoeinkommen eines Alleinstehenden von monatlich etwa 4.000 €-5.000 € bei Steuerklasse I nach Abzug von Sozialversicherungsabgaben (je nach beruflicher Tätigkeit: Beamte, abhängig Beschäftigte, Selbstständige). Im Übrigen wird insoweit zu Recht auf die Rechtsprechung des BGH zur Vermutung des vollständigen Verbrauchs des Einkommens im Ehegattenunterhaltsrecht bis zur einem Einzelbedarf in Höhe des bereinigten Nettoeinkommens der **höchsten Einkommensgruppe der Düsseldorfer Tabelle**²¹³¹ (derzeit 5.500 €) hingewiesen.²¹³² Nachdem die Unterhaltspflicht gegenüber Eltern grundsätzlich nicht in den Lebensstandard des Kindes eingreifen soll, wäre eine Festlegung auch auf diese Größe nachvollziehbar. Eine weitere Aufstockung entsprechend der bisherigen Rechtsprechung zur Bemessung des eigenen angemessenen Selbstbehalts gegenüber den Eltern durch Aufschlag der Hälfte der Differenz zum darüber hinausgehenden bereinigten Nettoeinkommen des Pflichtigen wäre nach den vorgenannten Prämissen nicht mehr erforderlich. Ein entsprechend bemessener Selbstbehalt würde den eigenen angemessenen Bedarf sicherlich gewährleisten, nachdem insoweit vom Einkommen des Pflichtigen bereits Steuern und Sozialabgaben in Abzug gebracht sind.²¹³³

► **Hinweis:**

Die OLG haben sich zum 01.01.2021 noch auf keinen bestimmten Betrag für den angemessenen Selbstbehalt der Kinder gegenüber den Eltern festgelegt, sondern folgende Formulierung in Anm. I der DT 2021 aufgenommen:

»Dem Unterhaltspflichtigen ist der angemessene Eigenbedarf zu belassen. Bei dessen Bemessung sind Zweck und Rechtsgedanken des Gesetzes zur Entlastung unterhaltspflichtiger Angehöriger in der Sozialhilfe und in der Eingliederungshilfe (Angehörigentlastungsgesetz) vom 10. Dezember 2019 (BGBl I S. 2135) zu beachten.«

Damit könnte der Weg zu einem erheblich erhöhten Elternunterhaltsselbstbehalt wie vorstehend skizziert gebnet sein.

f) *Familienselbstbehalt*

- 494 Ist das **unterhaltspflichtige Kind verheiratet**, ist wie beim Volljährigen zu differenzieren, ob der Ehegatte über ein eigenes Einkommen verfügt oder nicht. Ist er unterhaltsbedürftig, ist sein Familienunterhalt als Zahlbetrag bei der Bereinigung des Nettoeinkommens vorab abzuziehen. Verfügt er dagegen über ein höheres Einkommen als der Pflichtige, ist zu überprüfen, ob über den Familienunterhalt des Ehegatten der **Selbstbehalt des Pflichtigen ganz oder teilweise gedeckt** ist. Denn der Unterhaltspflichtige muss zum Familienunterhalt nur so viel beitragen, wie es dem Verhältnis der

2130 Siehe insbesondere *Hauß* Elternunterhalt Rn. 88 ff.; *Schürmann* FF 2020, 48–60; *Viefhues* ZAP 2020, 345–348; *Doering-Striening/Hauß/Schürmann* FamRZ 2020, 137–144; *Hauß* FamRB 2020, 76–82.

2131 BGH, 15.07.2017 – XII ZB 503/16, FamRZ 2018, 260; 25.09.2019 – XII ZB 25/19, FamRZ 2020, 21.

2132 *Hauß* Elternunterhalt Rn. 89.

2133 So auch *Hauß* Elternunterhalt Rn. 93.

beiderseitigen Einkünfte entspricht, sodass er auch leistungsfähig sein kann, wenn sein Einkommen unter dem Selbstbehalt liegt, letzterer aber ganz oder z.T. vom Familienunterhalt des Ehegatten gedeckt wird.²¹³⁴ Der Familienbedarf ist nicht generell mit einem Festbetrag anzusetzen, sondern es muss dem verdienenden Ehegatten zumindest die Hälfte des gemeinsamen bereinigten Nettoeinkommens verbleiben. Dabei ist auch die Ersparnis durch das Zusammenleben in Höhe vom 10 % (entsprechend § 20 Abs. 3 SGB II i.d.F. vom 24.03.2006) zu berücksichtigen, wenn der Mindestbedarf der Ehegatten von 3.240 € (01.01.2015–31.12.2019) bzw. 3.580 € (2020)²¹³⁵ nach den Leitlinien (Nr. 22.3) und nach der DT (Anm. D I) überschritten wird.²¹³⁶ Gemäß der Berechnung des BGH ist dann der proportionale Anteil am Familienbedarf gemäß dem Eigeneinkommen zu errechnen und daraus der für die Elternhaftung zur Verfügung stehende Betrag.²¹³⁷ Für **Sachverhalte bis 31.12.2019** sind insoweit folgende Rechenschritte veranlasst:

► **Beispiel 2:**

M hat ein bereinigtes Nettoeinkommen vom 3.750 €, F von 1.250 €. Einkommenseinsatz bei M für Elternunterhalt? **495**

Lösung:

Familieneinkommen somit: 5.000 €.

Nach **Abzug des Familienselbstbehalts** (2019) von 3.240 € verbleiben: 1.760 €.

Davon **Abzug 10 % Haushaltsersparnis**: 176 €

Verbleiben: 1.760 € – 176 € = 1.584 €

davon $\frac{1}{2}$: 792 €.

Zuzüglich Familienselbstbehalt (2019) von 3.240 € ergibt **individuellen Familienbedarf** von M + F: 792 € + 3.240 € = 4.032 €

Der für einen Einsatz i.R.d. Elternunterhalts in Betracht kommende **Teil des Familieneinkommens nach Abzug des individuellen Familienselbstbehalts** beträgt daher (5.000 € – 4.032 €) = 968 €.

Für die Unterhaltungspflicht des M ist jedoch nur sein **Anteil an diesem Betrag** maßgeblich.

Dieser beträgt $\frac{3}{4}$ (3.750 € von 5.000 €).

In diesem Verhältnis besteht sein **Anteil am geschützten individuellen Familienselbstbehalt**:

$\frac{3}{4}$ von 4.032 € = 3.024 €.

Damit **Leistungsfähigkeit (einzusetzendes Eigeneinkommen nach Abzug seines Anteils am individuellen Familienselbstbehalt)** des M: 3.750 € – 3.024 € = 726 €.

Da diese Rechnung sehr kompliziert ist, kann in der Praxis auch vereinfachend gerechnet werden, indem zunächst vom den Familienmindestbedarf (2015–2019: 3.240 €) übersteigenden Betrag 55 % angesetzt werden;²¹³⁸ davon ist letztlich der proportionale Anteil am Familieneinkommen einzusetzen: **496**

2134 BGH FamRZ 2004, 370; 2004, 443; 2004, 795; eingehend *Scholz* FamRZ 2004, 1929 sowie zur Berechnung im Einzelfall OLG Hamm FamRZ 2008, 1670; 2008, 1881.

2135 Auch insoweit sind die Auswirkungen des Angehörigen-Entlastungsgesetzes unberücksichtigt geblieben!

2136 BGH FamRZ 2010, 1535 (damals noch 2.700 €); zur Unterhaltungspflicht bei zusammenlebenden nicht-ehelichen Partnern: BGH FamRZ 2013, 868 Rn. 25.

2137 BGH FamRZ 2010, 1535.

2138 BGH FamRZ 2010, 1535.

► Beispiel 2 – vereinfacht:

497 M hat ein bereinigtes Nettoeinkommen vom 3.750 €, F von 1.250 €. Das Familieneinkommen

beträgt damit 5.000 €. Nach Abzug des Familienbedarfs vom 3.240 € verbleiben 1.760 €. 55 % hieraus sind 968 €.

Der Anteil von M am Gesamteinkommen beträgt $\frac{3}{4}$ (3.750 €: 5.000 €).

$\frac{3}{4}$ von 968 € = 726 €, die als Einkommen des M für den Elternunterhalt verfügbar sind,

somit zusammengefasst: $(5.000 € - 3.240 €) \times 0,55 \times \frac{3}{4} = 726 €$.

Bei der Ermittlung der Leistungsfähigkeit für die Zahlung von Elternunterhalt ist ein von dem Unterhaltspflichtigen zusätzlich geschuldeter Betreuungsunterhalt nach § 1615I BGB als – gemäß § 1609 Nr. 2 BGB vorrangige – sonstige Verpflichtung i.S.d. § 1603 Abs. 1 BGB von dessen Einkommen abzuziehen. Auf einen Familienselbstbehalt kann sich der in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft lebende Unterhaltspflichtige nicht berufen.²¹³⁹

► Beispiel 2a:

Einkommen des nicht verheirateten Sohnes S: 3.518 € netto. Er lebt mit seiner Lebenspartnerin L zusammen und sie haben ein gemeinsames Kind K (8 Jahre), welches von der nicht erwerbstätigen L gemäß der Absprache mit S betreut wird. L war vor dem Kind K als Verkäuferin mit einem monatlichen Nettoeinkommen von 1.100 € beschäftigt. Der Vater V des S lebt im Pflegeheim und hat im 2. Halbjahr 2019 einen Bedarf in Höhe von monatlich 500 €, den die Behörden aus übergegangenem Recht von S geltend machen wollen. Aussichten?

Lösung:

Kindesunterhalt K (§ 1609 Nr. 1 BGB):

Einkommensgruppe 6 Altersstufe 2 der DT 2019: 520 € – 102 € ($\frac{1}{2}$ KiG) = 418 € Verbleiben: 3.518 € – 414 € = 3.100 €

Anspruch der L aus § 1615I BGB (§ 1609 Nr. 2 BGB):

1.100 € (auch nicht zu hoch, da im Falle einer Ehefrau $\frac{1}{2} \times \frac{9}{10} \times 3.100 = 1.395 €$)

für den Elternunterhalt einzusetzen:

3.100 € – 1.100 € = 2.000 €

Selbstbehalt des S:

2.000 – $(1.800 + \frac{1}{2} \times (2.000 - 1.800)) = 100 €$

S ist in Höhe von 100 € hinsichtlich des Elternunterhalts leistungsfähig

498 Mit den Auswirkungen des Angehörigen-Entlastungsgesetzes könnte bei einem Elternunterhalts-selbstbehalt von 5.000 € für Alleinstehende beim verheirateten Kind unter Berücksichtigung der Ersparnis des Zusammenlebens beim Unterhaltspflichtigen in Höhe von 10 % von einem Familien-

²¹³⁹ BGH, 09.03.2016 – XII ZB 693/14, FamRZ 2016, 887 m. Anm. Seiler S. 891 u. Anm. Zwiffler NZFam 2016, 414 sowie Anm. Löbnig NJW 2016, 1487: Unterhaltsrecht der faktischen Partnerschaft.

selbstbehalt in Höhe von 9.000 € für Unterhaltszeiträume ab dem 01.01.2020 auszugehen sein (0,9 x 5.000 € x 2).

Mit einer entsprechenden Erhöhung der Selbstbehalte könnte eine wesentliche **Vereinfachung der Berechnung des einzusetzenden Einkommens im Elternunterhaltsrecht** einhergehen.²¹⁴⁰ Wenn die Selbstbehaltsätze bereits gewährleisten, dass für den eigenen angemessenen Bedarf des Unterhaltspflichtigen (und seiner Familie) ausreichend Mittel aus dem Einkommen zur Fortführung des bisherigen Lebensstandards zur Verfügung stehen, dürfte sich eine Prüfung der Abzugsfähigkeit weiterer Verbindlichkeiten und gesetzlich nicht geschuldeter Abgaben erübrigen. Damit würde das den Selbstbehalt übersteigende Einkommen (bzw. der Anteil des Kindes am dem den Familienselbstbehalt übersteigenden Familieneinkommen) für Elternunterhalt zur Verfügung stehen. Ob dem insbesondere der BGH und die OLGe folgen, bleibt der Entwicklung der zukünftigen Rechtsprechung vorbehalten. Hierzu müsste sich die Rechtsprechung aber von einem individuell zu bemessenden Selbstbehalt verabschieden. Solches ist aus derzeitiger Sicht ungewiss. Dabei ist auch davon auszugehen, dass aufgrund des wegen § 94 Abs. 1a SGB XII regelmäßig ausgeschlossenen Anspruchsüberganges kaum entsprechende Fallgestaltungen zur Entscheidung kommen werden. Eine Klärung insoweit ist daher in überschaubarer Zeit nicht zu erwarten.

g) Leistungsfähigkeit aus Unterhaltsleistungen

Erzielt das verheiratete (getrennt lebende oder geschiedene) unterhaltspflichtige Kind keine oder lediglich geringe Einkünfte, so stellt sich die Frage, inwieweit es für den Elternunterhalt leistungsfähig ist. Aufgrund der Einschränkung des Anspruchsübergangs gem. § 94 Abs. 1a SGB XII ist mit entsprechenden Fallgestaltungen für Zeiträume ab 01.01.2020 in der Praxis jedoch nicht mehr zu rechnen. Das in den nachfolgenden Varianten in Frage kommende Gesamtjahreseinkommen des dem Grunde nach unterhaltspflichtigen Kindes wird nicht über die 100.000 €-Schwelle hinausgehen. Für davor liegende Sachverhalte gilt:

aa) getrenntlebender/geschiedener Ehegatte

Im Fall des Getrenntlebens oder nach Scheidung ist maßgeblich die Höhe des Unterhalts (wie eigenes Einkommen) zuzüglich der tatsächlichen eigenen Einkünfte. Übersteigt dieser Betrag den maßgeblichen Selbstbehalt von 1.800 € (bis 2019!), so besteht eine Leistungsfähigkeit i.H.d. Hälfte des darüberhinausgehenden Betrags (wie oben e.).

bb) intakte Ehe

Lebt der Ehegatte dagegen in einer intakten Familie und verdient er das geringere Einkommen als der andere Ehegatte, so steht ihm gem. §§ 1360, 1360a BGB lediglich ein Anspruch auf Familienunterhalt zu. Der Anspruch auf Familienunterhalt beträgt danach 50 % des vorhandenen Familieneinkommens. Er ist allerdings grundsätzlich nicht auf Gewährung einer Geldrente gerichtet,²¹⁴¹ sondern nach § 1360a Abs. 2 Satz 1 BGB in der Weise zu leisten, die durch die eheliche Lebensgemeinschaft geboten ist. Ein Anspruch auf monatliche Barleistungen besteht nicht und steht daher für Unterhaltszwecke auch nicht zur Verfügung, da dies einer verdeckten Unterhaltungspflicht des Schwiegerkindes gleich käme.²¹⁴² Leistungsfähig ist der Ehegatte nur, wenn er durch den Familienunterhalt selbst vollständig abgesichert ist und daneben – aus eigenen Erwerbseinkünften oder Taschengeld – über Einkünfte verfügt, die für den bar zu leistenden Elternunterhalt herangezogen werden können.²¹⁴³ Es ist daher wie folgt zu differenzieren:

2140 Vgl. *Hauß* Elternunterhalt Rn. 94.

2141 BGH FamRZ 2003, 860, 865.

2142 *Weinreich* FuR 2013, 509, 512.

2143 *Dose* FamRZ 2013, 993, 999.

aaa) Verheiratetes Kind ohne eigenes Einkommen mit Anspruch auf Taschengeld

503 Das Taschengeld eines Ehegatten ist grundsätzlich auch für den Elternunterhalt einzusetzen. Für Unterhaltungszwecke verfügbares Einkommen ist das Taschengeld, auf das der unterhaltspflichtige, nicht erwerbstätige, den Haushalt führende Ehegatte als Bestandteil des Familienunterhalts Anspruch hat, üblicherweise als Barbetrag i.H.v. 5–7 % des zur Verfügung stehenden Familiennettoeinkommens, wenn der jeweils zu beachtende Selbstbehalt des unterhaltspflichtigen Kindes gewahrt ist.²¹⁴⁴ Der Taschengeldanspruch besteht auch, wenn das Eigeneinkommen unterhalb von 5 bis 7 % des Familiennettoeinkommens liegt; dann ist auch ein bis zu dieser Höhe zustehendes Taschengeld einzusetzen.²¹⁴⁵ *Hauß* fordert, dass dieser Gestaltungsspielraum im Interesse der Rechtssicherheit einheitlich auf 5 % festgelegt werden sollte,²¹⁴⁶ wenn man schon nicht der Ansicht von *Schürmann* folgt, dass der Taschengeldanspruch als Quelle unterhaltsrechtlicher Leistungsfähigkeit vollständig zu eliminieren ist, da das Taschengeld der Befriedigung höchstpersönlicher eigener Bedürfnisse des unterhaltspflichtigen Kindes dient.²¹⁴⁷ Inzwischen hat der BGH entschieden, dass es nicht ermesensfehlerhaft ist, wenn der Tatrichter das Taschengeld mit 5 % (so wie hier vertreten) vom bereinigten Gesamtnettoeinkommen beider Ehegatten ansetzt.²¹⁴⁸ Da auch der Barbetrag nach § 27b Abs. 2 Satz 1 SGB XII (seit 01.01.2020: § 27b Abs. 2, 3 SGB XII) Bestandteil des Bedarfs des im Heim Lebenden ist,²¹⁴⁹ ist es angemessen, dem unterhaltspflichtigen Kind neben seiner Existenzsicherung durch den Familienunterhalt auch einen gewissen Barbetrag für persönliche Bedürfnisse von dem Taschengeld zu belassen,²¹⁵⁰ und zwar in Höhe von 5 bis 7 % des Familienselbstbehalts zuzüglich der Hälfte des darüber hinausgehenden Taschengeldes.²¹⁵¹ Somit ist zumindest ein Betrag i.H.v. 162 € (bei Ansatz von 7 %: 233,80 €) in 2019 nicht für Unterhaltungszwecke einzusetzen:

504 Familienmindestselbstbehalt 2019: 3.240 € → 5 % davon: 162 € (= vollständig geschütztes Taschengeld des Ehegatten).

505 Dies hat zur Folge, dass bis zu einem Familieneinkommen i.H.v. 3.240 € der einkommenslose Ehegatte nicht für einen Anspruch auf Elternunterhalt aus seinem Taschengeld herangezogen werden kann.²¹⁵²

▶ Achtung:

506 Der BGH hat in seiner Entscheidung vom 12.12.2012²¹⁵³ den Taschengeldanspruch aus dem hälftigen Familieneinkommen genommen und lediglich den persönlichen Mindestbedarf gegenüber Eltern (damals 1.600 €; derzeit: 1.800 €) angesetzt, was einem offensichtliches Versehen geschuldet sein soll.²¹⁵⁴ Meines Erachtens ist dies auch zutreffend, da andernfalls dem Unterhaltspflichtigen nur 80 € (5 % aus 1.600 € – für 2015–2019 5 % aus 1.800 €: 90 €)

2144 BGH FamRZ 2014, 1540 = NJW 2014, 2570 Rn. 13; FamRZ 2014, 538 Rn. 29; 2013, 363 Rn. 49; *Reinken* NJW 2013, 2693, 2698; *Dose* FamRZ 2013, 993, 999.

2145 BGH FamRZ 2014, 1540 Rn. 13; FamRZ 2014, 538 Rn. 29; *Dose* FamRZ 2013, 993, 1000.

2146 *Hauß* in Anm. zu BGH FamRZ 2014, 1540, 1541; der BGH hält die 5 % im Regelfall für angemessen BGH XII ZR 133/13.

2147 *Schürmann* in FS Brudermüller S. 703, 712; i.E. so auch *Hauß* in Anm. zu BGH FamRZ 2014, 1540, S. 1541.

2148 BGH FamRZ 2014, 1990 m. Anm. *Hauß* S. 1992.

2149 Der auch nicht pfändbar ist; BGH, 30.04.2020 – VII ZB 82/17, FamRZ 2020, 1307.

2150 *Dose* FamRZ 2013, 993, 1000; *Reinken* NJW 2013, 2693, 2698.

2151 BGH FamRZ 2014, 538; FamRZ 2014, 1990; vorher wegen »offensichtlichem Versehen« falsch in BGH FamRZ 2013, 363 Rn. 49, wobei *Dose* in seinem Aufsatz (FamRZ 2013, 993, 1000 Fn. 57) explizit klarstellt, dass nicht der persönliche Mindestselbstbehalt von 1.600 €, sondern der Familienselbstbehalt von 2.880 € anzusetzen ist; so auch OLG Braunschweig FamRZ 2014, 481 nach Zurückweisung durch den BGH und sodann.

2152 Siehe insoweit *Dose* FamRZ 2013, 993, 1000 Beispiel 1.

2153 BGH FamRZ 2013, 363 Rn. 49.

2154 *Dose* FamRZ 2013, 993, 1000; so ausdrücklich BGH, 01.10.2014 – XII ZR 133/13, FamRZ 2014, 1990 Rn. 12.

verbleiben würden, während der Berechtigte ein Taschengeld von zumindest 103,14 € (§ 27b Abs. 2 Satz 1 SGB XII) zur Verfügung hatte.²¹⁵⁵

► **Beispiel 3:**²¹⁵⁶

M hat ein bereinigtes Nettoeinkommen vom 5.000 €, F von 0 €. Das Familieneinkommen **507**
beträgt damit 5.000 €.

Nach Abzug des Familienbedarfs vom 3.240 € verbleiben 1.760 €.

Was hat M einzusetzen?

M verbleibt die Hälfte davon abzüglich 10 % Haushaltsersparnis (176 €), also die Hälfte von 1.584 €, somit 792 €.

Den Ehegatten verbleiben somit: $792 € + 3.240 € = 4.032 €$

Das von M einzusetzende Einkommen beträgt daher $(5.000 € / 4.032 €) = 968 €$.

Was hat F für ihre Eltern einzusetzen?

Das Familieneinkommen beträgt 5.000 € →

Das Taschengeld der F somit zumindest 5 % daraus, also 250 €.

Davon abzuziehen ist allerdings das Taschengeld aus dem Familienmindestselbstbehalt, also 5 % aus 3.240 €, mithin 162 € (s.o.)

F hat lediglich die Hälfte des darüberhinausgehenden Taschengeldes einzusetzen →

F hat daher lediglich 250 € abzüglich 162 €, mithin 88 €: $2 = 44 €$ für den Elternunterhalt einzusetzen!

bbb) Verheiratetes Kind mit eigenem geringen Einkommen (Mini-Job)

Erzielt das verheiratete Kind lediglich geringe Einkünfte aus einem Mini-Job oder einer versicherungspflichtigen Tätigkeit, so stellt sich die Frage, inwieweit diese für einen Elternunterhalt zur Verfügung stehen. Dies ist nur der Fall, wenn der angemessene Selbstbehalt des unterhaltspflichtigen Ehegatten über den Familienunterhalt vollständig gesichert ist.²¹⁵⁷ **508**

Nach *Reinken*²¹⁵⁸ sollte entsprechend den Grundsätzen zum Einsatz des Taschengeldes dem unterhaltspflichtigen Kind von seinen Einkünften, soweit sie nicht zum Familienunterhalt einzusetzen sind, ein Betrag i.H.v. 5–7 % des Familienmindestselbstbehalts verbleiben. Von den übersteigenden Einkünften ist die Hälfte für den Elternunterhalt einzusetzen.²¹⁵⁹ **509**

²¹⁵⁵ So auch *Reinken* NJW 2013, 2993, 2998 Fn. 70; anders rechnet z.T. die Lit.: z.B.: *Viefhues* FuR 2013, 367, 372.

²¹⁵⁶ So auch *Dose* FamRZ 2013, 993, 1000; *Weinreich* FuR 2013, 509, 513.

²¹⁵⁷ BGH FamRZ 2013, 363; *Dose* FamRZ 2013, 993, 1000.

²¹⁵⁸ *Reinken* NJW 2013, 2993, 2998.

²¹⁵⁹ *Reinken* NJW 2013, 2993, 2998 mit Hinweis auf *Dose* FamRZ 2013, 993, 1000; BGH FamRZ 2004, 795, 797.

- 510 Richtigerweise sollte dieselbe Formel angesetzt werden, wie sie auch beim besser verdienenden Ehegatten angenommen wird.²¹⁶⁰ Dem hat sich auch der BGH²¹⁶¹ und anschließend auch *Reinken*²¹⁶² angeschlossen.

► **Beispiel 4:**

- 511 M hat ein bereinigtes Nettoeinkommen vom 4.550 €, F von 450 €. Das Familieneinkommen beträgt damit 5.000 €.

Nach Abzug des Familienselbstbehalts (2019) von 3.240 € verbleiben 1.760 €.

Was hat M für einen Elternunterhalt einzusetzen?

M verbleibt die Hälfte davon abzüglich 10 % Haushaltsersparnis (176 €), also die Hälfte von 1.584 €, somit 792 €.

Den Ehegatten verbleiben somit: $792 \text{ €} + 3.240 \text{ €} = 4.032 \text{ €}$

Das einzusetzende Einkommen beträgt daher $(5.000 \text{ €} / 4.032 \text{ €}) = 968 \text{ €}$.

Der Anteil von M am Gesamteinkommen beträgt 91 % $(4.550 \text{ €} : 5.000 \text{ €})$:

M hat daher $0,91 \times 968 \text{ €} = 881 \text{ €}$ für einen Elternunterhalt einzusetzen.

Was hat F für ihre Eltern einzusetzen?

Lösung:²¹⁶³

Der Anteil der F am Gesamteinkommen beträgt 0,09 % $(450 \text{ €} : 5.000 \text{ €})$

F hat daher $0,09 \times 968 \text{ €} = 87 \text{ €}$ für den Elternunterhalt einzusetzen.

- 512 Hierfür spricht vor allem eine Gesamtbetrachtung:

Sind beide Kinder ihren Eltern jeweils unterhaltspflichtig und verdienen beide Ehegatten (Beispiel 2), so sind max. 968 € einzusetzen.

- 513 Im Beispiel 3 stehen die Ehegatten schlechter, da der Ehemann die gesamten 968 €, die Ehefrau wegen des Taschengeldanspruchs zusätzlich noch 44 € für ihre Eltern einsetzen müsste.²¹⁶⁴ Sie lässt sich aber nur vermeiden, wenn man die Heranziehung des Taschengelds als einzusetzendes Einkommen mit *Schürmann*²¹⁶⁵ gänzlich ablehnen würde. Dies ist aber nach dem BGH derzeit nicht der Fall. Alternativ wäre jedenfalls in den Fällen, in denen beide Eheleute in Anspruch genommen würden, der Gesamtbetrag nach oben auf jeden Fall mit 968 € zu begrenzen.

2160 Ebenso i.E. auch *Jüdt* FuR 2013, 62, 63; OLG Hamm FamRZ 2013, 1146, 1150; Palandt/von Pückler § 1360a BGB Rn. 4, da ein Taschengeldanspruch nur besteht, wenn das eigene Einkommen die Höhe des Taschengeldanspruches nicht erreicht.

2161 BGH FamRZ 2014, 1540 Rn. 11; FamRZ 2014, 538 Rn. 21 ff. m. Anm. *Seiler* FamRZ 2014, 636.

2162 *Reinken* NZFam 2015, 97 ff.

2163 Dazu auch *Seiler* FF 2014, 136, 147.

2164 Diese Problematik erläutert auch *Hauß* in seiner Anm. zu BGH FamRZ 2014, 1540, 1542.

2165 *Schürmann* FS Brudermüller S. 703, 712.

Im Beispiel 4 sind nach obiger Lösung auch nur max. 968 € einzusetzen (M 881 € und F 87 €); folgt man dagegen der vormaligen von *Reinken*²¹⁶⁶ vertretenen Ansicht, so hätte M 881 € und F 144 €,²¹⁶⁷ insgesamt hätten sie somit 1.025 € einzusetzen und wären bei gleichem Familieneinkommen (5.000 €) schlechter gestellt. Dies kann im Ergebnis so nicht gewollt sein. 514

Der BGH²¹⁶⁸ zieht eine Grenze für ein unterhalb von 5–7 % des Familieneinkommens liegendes Einkommen des Unterhaltspflichtigen. Denn insoweit ist auch ein ihm in dieser Höhe zustehendes Taschengeld unter Berücksichtigung eines geschützten Betrages i.H.v. 5 % des Familienselbstbehaltes zuzüglich der Hälfte des darüber hinausgehenden Taschengeldes (s.o.) einzusetzen. Nur bei unter 5–7 % des Familieneinkommens liegendem Eigeneinkommen des Kindes ist der diesbezügliche Einsatz wohl wie beim Taschengeld zu rechnen. Geringes, aber darüber hinausgehendes Einkommen (wie bei Beispiel 4) berücksichtigt der BGH nach vorstehender reiner Einkommenseinsatzrechnung. 515

ccc) Verheiratetes Kind mit eigenem Einkommen (geringer als Ehegatte)

Ausdrücklich entschieden hat der BGH den Fall, dass das verheiratete Kind nicht nur geringfügige, aber geringere Einkünfte als der Ehegatte erzielt.²¹⁶⁹ Danach gilt die oben unter e. Beispiel 2 dargestellte Berechnung auch in diesen Fällen; dies steht auch im Einklang mit der obigen Lösung im Beispiel 4 und der dort dargestellten Gesamtbetrachtung, dass die Eheleute insgesamt nicht mit mehr als 968 € in Anspruch genommen werden. 516

► **Beispiel 5:**

M hat ein bereinigtes Nettoeinkommen vom 3.750 €, F von 1.250 €. Das Familieneinkommen 517

beträgt damit 5.000 €.

Nach Abzug des Familienbedarfs vom 3.240 € (2019) verbleiben 1.760 €.

F verbleibt die Hälfte davon abzüglich 10 % Haushaltsersparnis (176 €), also die Hälfte von 1.584 €, somit 792 €.

Den Ehegatten verbleiben somit: $792 \text{ €} + 3.240 \text{ €} = 4.032 \text{ €}$

Das einzusetzende Einkommen beträgt daher $(5.000 \text{ €} ./ . 4.032 \text{ €}) = 968 \text{ €}$.

Der Anteil von F am Gesamteinkommen beträgt $\frac{1}{4}$ (1.250 €: 5.000 €).

$\frac{1}{4}$ von 4.032 € = 1.008 €. F muss nur ihren Anteil für den Elternunterhalt einsetzen!

Für den Elternunterhalt verfügbares Einkommen der F: $1.250 \text{ €} ./ . 1.008 \text{ €} = 242 \text{ €}$.

► **Beispiel 5 – vereinfacht:**

M hat ein bereinigtes Nettoeinkommen vom 3.750 €, F von 1.250 €. Das Familieneinkommen 518

beträgt damit 5.000 €. Nach Abzug des Familienbedarfs vom 3.240 € verbleiben 1.760 €. 55 % hieraus sind 968 €.

2166 *Reinken* NJW 2013, 2993, 2998.

2167 Familienbedarf 3.240 € (2019) vollständig gedeckt, daher: $450 \text{ €} - \text{geschützte } 162 \text{ €} (= 5 \% \text{ FamSB}) = 288 \text{ €}$, davon $\frac{1}{3} = 144 \text{ €}$ einzusetzen (Berechnung wie einzusetzendes Taschengeld).

2168 BGH, 23.07.2014 – XII ZB 489/13, FamRZ 2014, 1540.

2169 OLG Hamm FamRZ 2013, 1146, 1150; bestätigt durch BGH FamRZ 2014, 538 LS 1 und Rn. 21 ff.; FamRZ 2015, 1540.

Der Anteil von F am Gesamteinkommen beträgt $\frac{1}{4}$ (3.750 €: 5.000 €):

$\frac{1}{4}$ von 968 € = 242 €, die als Einkommen der F für den Elternunterhalt verfügbar sind,

zusammengefasst: $(5.000 € - 3.240 €) \times 0,55 \times \frac{1}{4} = 242 €$.

- 519 Verbleibt dem unterhaltspflichtigen Kind, das über geringere Einkünfte als sein Ehegatte verfügt und dessen Leistungsfähigkeit zur Zahlung von Elternunterhalt auf der Grundlage eines individuellen Familienbedarfs zu ermitteln ist, von seinem Einkommen ein entsprechender Anteil des individuellen Familienbedarfs, bedarf es einer weiteren Absicherung i.H.v. 5 bis 7 % des Familienselbstbetrags nicht mehr.²¹⁷⁰

h) Haftung mehrerer Kinder – Beispiel

- 520 Sind mehrere Unterhaltspflichtige Kinder vorhanden, haften diese anteilig gem. § 1606 Abs. 3 Satz 1 BGB anteilig nach ihrem einzusetzenden Einkommen. Damit ist für haftende Geschwister die jeweilige Leistungsfähigkeit zu ermitteln und zur Summe der jeweils einsetzbaren Einkommen ins Verhältnis zu setzen. In diesem Verhältnis haftet jedes Kind allein für den ungedeckten elterlichen Bedarf.

► Beispiel 6:

V hat drei Kinder: K1, K2 und K3. V ist im Pflegeheim – die monatlichen, nicht gedeckten Kosten belaufen sich für das Jahr 2019 auf 776 € und werden vom Betreuer des V von den Kindern als Unterhalt für V verlangt. Dieser forderte die Kinder auf, zu ihren Einkommens- und Vermögensverhältnissen Stellung zu nehmen. Hinsichtlich der Einkommensverhältnisse ergaben sich folgende Angaben:

K1 – ledig, verdient 2.200 €, nach Abzug aller Verbindlichkeiten.

K2 – verheiratet, verdient 3.750 €, seine Ehefrau verdient 1.250 €. Unterhaltsberechtigter Kinder sind nicht mehr vorhanden.

K3 – verheiratet, hat kein Einkommen; ihr Ehemann verdient 5.000 € netto und hat keinerlei andere Unterhaltspflichten.

Wie hoch ist der jeweilige Haftungsanteil der Geschwister für ihren Vater?

K1 hat 200 € einzusetzen (s.o. Beispiel 1)

K2 hat 726 € einzusetzen (s.o. Beispiel 2)

K3 hat 44 € einzusetzen (s.o. Beispiel 3)

Insgesamt haben K1 bis K3 zusammen 970 € als einsetzbares Einkommen – benötigt werden aber nur 776 €, sodass die Kinder insgesamt nur $776: 970 € = 0,8$ (80 %), somit jeweils nur 80 % ihres jeweils einzusetzenden Einkommens einbringen müssen.

K1 zahlt 160 €; K2 zahlt 580,80 € und K3 zahlt 35,20 €.

► Beispiel 6 – Variante:

- 521 Würde der nicht gedeckte Bedarf mehr als 970 € betragen, müssten die Kinder jeweils den gesamten Betrag einsetzen; zugunsten V wäre zudem noch prüfen, ob aus dem Vermögen ein weiterer Betrag für die Haftung herangezogen werden könnte.

²¹⁷⁰ BGH FamRZ 2014, 1540 Rn. 13; FamRZ 2014, 538 Rn. 29.

6. Zusatzfragen

Eine Verwirkung nach § 1611 Abs. 1 BGB kommt in Betracht, wenn der jetzt bedürftige Elternteil gegenüber dem Kind seine Unterhaltspflicht nicht erfüllt hatte (Bar- oder Naturalunterhalt),²¹⁷¹ die Betreuung des Kindes vernachlässigte, z.B. durch Überlassen der Betreuung allein den Großeltern und Auswanderung ohne Kind,²¹⁷² vorwerfbarem Alkoholismus/Drogenmissbrauch, Misshandlungen des Kindes, sexuellem Missbrauch usw.²¹⁷³ § 1611 BGB ist eine eng auszulegende Ausnahmsvorschrift; sie erfordert unter Abwägung aller Umstände eine schwere Verfehlung.²¹⁷⁴ Eine schwere Verfehlung gem. § 1611 Abs. 1 Satz 1, 3. Alt. BGB kann regelmäßig nur bei einer tiefgreifenden Beeinträchtigung schutzwürdiger wirtschaftlicher Interessen oder persönlicher Belange des Pflichtigen angenommen werden (im Anschluss an BGH FamRZ 2004, 1559).²¹⁷⁵ Eine Verwirkung kann dann gerechtfertigt sein, wenn der Elternteil sein Kind, das er später auf Elternunterhalt in Anspruch nimmt, schon im Kleinkindalter bei den Großeltern zurückgelassen und sich in der Folgezeit nicht mehr in nennenswertem Umfang um es gekümmert hat. Dann offenbart das Unterlassen des Elternteils einen so groben Mangel an elterlicher Verantwortung und menschlicher Rücksichtnahme, dass nach Abwägung aller Umstände von einer schweren Verfehlung ausgegangen werden kann.²¹⁷⁶ Zuletzt lag dem BGH²¹⁷⁷ folgender Fall des OLG Oldenburg vor:²¹⁷⁸ Bis zur Trennung der Eheleute hat sich der Vater im Rahmen des Familienverbundes um seinen Sohn gekümmert (bis zu diesem 18. Lebensjahr). Danach hat der Vater die Bemühungen seines bereits durch Ehekonflikte der schließlich geschiedenen Eltern erheblich belasteten Sohnes um eine Aufrechterhaltung verwandschaftlicher Bindungen über lange Jahre zurückgewiesen und es zu einem endgültigen Bruch kommen lassen, der trotz wiederholter Wiederannäherungsbemühungen des Sohnes bis zur Geltendmachung des Unterhaltsanspruchs 27 Jahre andauert und sich zuletzt in einer testamentarischen Verfügung des Vaters dokumentiert hat, wonach der unterhaltspflichtige Sohn lediglich den »strengsten Pflichtteil« erhalten solle. Hierzu führt der BGH aus, dass ein vom unterhaltsberechtigten Elternteil ausgehender Kontaktabbruch regelmäßig eine Verfehlung darstellt. Sie führt indes nur ausnahmsweise bei Vorliegen weiterer Umstände, die das Verhalten des Unterhaltsberechtigten auch als schwere Verfehlung i.S.d. § 1611 Abs. 1 Satz 1, 3. Alt. BGB erscheinen lassen, zur Verwirkung des Elternunterhalts.²¹⁷⁹ Für einen weiteren Anwendungsbereich des § 1611 BGB hatte sich dagegen noch das OLG Oldenburg ausgesprochen, wonach sich eine »schwere Verfehlung« i.S.d. § 1611 Abs. 1 Satz 1 BGB insbesondere in einem Verhalten zeigen könne, das in seiner Gesamtschau einen groben Mangel an verwandschaftlicher Gesinnung erkennen lasse und infolgedessen der Unterhaltspflichtige als Person herabgewürdigt, zurückgesetzt oder gekränkt werde.²¹⁸⁰ Bei der Unterhaltspflicht von Kindern gegenüber ihren Eltern sei dabei insbesondere zu berücksichtigen, dass selbst scheinbar nur geringfügige Kränkungen und Verletzungen im Kindes- und Jugendalter in besonderer Weise traumatisierend wirken können und dann das Kind ein Leben lang belasten.²¹⁸¹ Diesem weiten Anwendungsbereich ist der BGH nicht gefolgt und hat diese Entscheidung daher aufgehoben und das Kind zur Unterhaltszahlung verpflichtet.²¹⁸² Zur Begründung führte der BGH aus, dass der Vater bis zum Erreichen der Volljährigkeit seinen Elternpflichten genüge getan hat; das Verhalten in den 27 Jahren danach stellt keine schwere Verfehlung dar.²¹⁸³

2171 BGH FamRZ 2004, 1559.

2172 BGH FamRZ 2004, 1559.

2173 Wendl/Dose/Wönne § 2 Rn. 936; Palandt/von Pückler § 1611 Rn. 5, 6.

2174 BGH FamRZ 2004, 1559.

2175 BGH FamRZ 2014, 541; *Viefhues* FamRZ 2014, 624.

2176 BGH FamRZ 2004, 1559, 1560.

2177 BGH FamRZ 2014, 541; *Viefhues* FamRZ 2014, 624.

2178 OLG Oldenburg FamRZ 2013, 1051.

2179 BGH FamRZ 2014, 541 (LS 2); *Viefhues* FamRZ 2014, 624.

2180 OLG Oldenburg FamRZ 2013, 1051.

2181 OLG Oldenburg FamRZ 2013, 1051.

2182 BGH FamRZ 2014, 541.

2183 BGH FamRZ 2014, 541 Rn. 24.

Zur Beschränkung des Anspruchs auf Elternunterhalt gemäß § 1611 BGB wegen früherer Verletzung der elterlichen Pflicht zu Schutz und Beistand für ein in den 60er Jahren zum Opfer einer innerfamiliären Vergewaltigung gewordenes Mädchen.²¹⁸⁴

Eine gröbliche Vernachlässigung der Unterhaltspflicht, die sich auch auf die Gewährung von Naturalunterhalt beziehen kann (BGH, FamRZ 2010, 1888 ff.) sowie eine vorsätzlich schwere Verfehlung durch die Mutter liegt vor, wenn diese über einen längeren Zeitraum nicht nur elementare Bedürfnisse ihrer Kinder nach Versorgung mit Nahrung und Hygiene, sondern auch die körperliche und sexuelle Integrität des Antragseigners missachtet hat.²¹⁸⁵ Eine gröbliche Vernachlässigung der eigenen Unterhaltspflicht über ca. $\frac{2}{3}$ der Minderjährigkeit des jetzt in Anspruch genommenen Kindes führt bei hierdurch verursachter schwieriger wirtschaftlicher Situation zusammen mit einem von emotionaler Kälte gekennzeichneten Kontaktabbruch zur Verwirkung des Elternunterhaltsanspruches, ohne dass durch das frühere Verhalten krankhafte psychische Beeinträchtigungen eingetreten sein müssen.²¹⁸⁶

Nicht ausreichend ist die Behauptung einer Vernachlässigung bei der Betreuung in der Kinder- und Jugendzeit.²¹⁸⁷ Fehlendes Verschulden, z.B. mangelnde Betreuung des Kindes wegen psychischer Erkrankung, lässt die Verwirkung entfallen.²¹⁸⁸ Keine Verwirkung kommt ferner in Betracht, wenn der bedürftige Elternteil wegen einer auf Kriegserlebnissen beruhenden psychischen Erkrankung nicht in der Lage war, sich um das jetzt unterhaltspflichtige Kinde zu kümmern.²¹⁸⁹ Wurde Sozialhilfe geleistet, geht bei dieser Sachlage aber nach § 94 Abs. 3 Nr. 2 SGB XII der Unterhaltsanspruch wegen unbilliger Härte nicht auf das Sozialamt über.²¹⁹⁰ Eine unbillige Härte verlangt in diesen Fällen die Vernachlässigung sozialer und nicht nur familiärer Belange.²¹⁹¹

Eine bereits mehrere Jahrzehnte zurückliegende behauptete Verfehlung im Ausland bedarf einer sorgfältigen Prüfung unter Berücksichtigung des seinerzeitigen rechtlichen wie sozialen Kontext.²¹⁹²

Rechtsfolge einer Verwirkung gem. § 1611 BGB kann nach Abs. 1 Satz 1 eine Beschränkung auf einen reinen Billigkeitsunterhalt, bei Vorliegen einer groben Unbilligkeit jeglicher Inanspruchnahme auch der vollständige Wegfall des Anspruches sein (§ 1611 Abs. 1 Satz 2 BGB). Gem. § 1611 Abs. 3 BGB tritt für den verwirkten Unterhalt keine Ersatzhaftung anderer Unterhaltspflichtiger ein!

Einer **Verwirkung nach § 242 BGB** kann der Sozialhilfeträger auch zukünftig dadurch entgegenwirken, indem er in der Rechtswahrungsanzeige darauf hinweist, dass er aufgrund seiner Leistungserbringung bei Anspruchsübergang beim Pflichtigen Erstattung durch Unterhalt verlangen wird, wengleich der Anspruchsübergang erst nach Ablauf des jeweiligen Kalenderjahres in der Folgezeit geprüft und festgestellt werden kann. Ansonsten liefe der Sozialhilfeträger Gefahr, die grundsätzlich insoweit beachtliche Jahresfrist für die Geltendmachung versteichen zu lassen.²¹⁹³

523 Die Eltern haben gegen ihre Kinder keinen Anspruch auf Verfahrenskostenvorschuss.²¹⁹⁴

7. Weitere Auswirkungen des Angehörigen-Entlastungsgesetzes

524 Ist der Elternunterhalt bereits **für die Zukunft zugunsten des Sozialhilfeträgers tituliert** (§ 94 Abs. 4 Satz 2 SGB XII) und liegt ein »Vermutungsfall« vor, so fehlt es ab dem 01.01.2020 am Anspruchs-

2184 OLG Karlsruhe, 22.01.2016 – 20 UF 109/14, FamRZ 2016, 1469.

2185 OLG Frankfurt/M FamRZ 2016, 1855.

2186 OLG Oldenburg, 04.01.2017 – 4 UF 166/15, FamRZ 2017, 1136 (LS).

2187 BGH FamRZ 2010, 1418; OLG Hamm FamRZ 2010, 303.

2188 OLG Hamm FamRZ 2010, 303.

2189 BGH FamRZ 2004, 1097.

2190 BGH FamRZ 2004, 1097.

2191 BGH FamRZ 2010, 1418; 2010, 1888; OLG Hamm FamRZ 2010, 303.

2192 OLG Celle FamRZ 2015, 71.

2193 Formulierungsvorschlag hierzu bei *Hauß* Elternunterhalt Rn. 84.

2194 OLG München FamRZ 1993, 821.

übergang und es kann der Verzicht auf die Rechte aus dem Titel und die Herausgabe des Titels verlangt werden. Ansonsten kann nach §§ 238, 239 FamFG eine Abänderung begehrt und die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung (§ 242 FamFG) beantragt werden. Insoweit ist aber davon auszugehen, dass die Sozialhilfeträger dem Begehren i.d.R. freiwillig nachkommen und eine Einstellung der Unterhaltszahlungen akzeptieren. Vor jeder Verfahrenseinleitung sollte aus Kostengründen zur Vermeidung eines sofortigen Anerkenntnisses der Sozialhilfeträger außergerichtlich entsprechend aufgefordert werden.

Schließlich ist generell fraglich, ob mit dem Angehörigen-Entlastungsgesetz noch gem. § 94 Abs. 4 Satz 2 SGB XII **künftige Unterhaltsansprüche** vom Sozialhilfeträger geltend gemacht werden können, da der Übergang ja entscheidend von der Überschreitung der Jahreseinkommensgrenze abhängt, was immer nur nach Jahresschluss beurteilt werden kann. Die rückwirkende Herabsetzung gerichtlicher Unterhaltsentscheidungen ist nach § 238 Abs. 3 Satz 4 FamFG aber auf den Zeitraum eines Jahres vor Rechtshängigkeit beschränkt, was zu unüberbrückbaren Schwierigkeiten führt. Daher könnte aus vorgenannten Gründen die Befugnis gem. § 94 Abs. 4 Satz 2 SGB XII für Sozialhilfeträger ausgehebelt sein²¹⁹⁵ (was der Gesetzgeber wohl nicht gesehen hat).

II. Ersatzhaftung

1. Allgemeine Grundsätze

Nach § 1601 BGB sind alle in gerader Linie Verwandten zur Unterhaltsleistung berechtigt oder verpflichtet, also auch die Großeltern gegenüber den Enkeln und umgekehrt, nicht dagegen Verwandte in der Seitenlinie, z.B. Geschwister oder Verschwägerter.²¹⁹⁶ Dabei haften nach § 1606 Abs. 1 BGB die Abkömmlinge vor den Verwandten der aufsteigenden Linie und nach § 1606 Abs. 2 BGB zunächst die näheren vor den entfernteren Verwandten, d.h. die Eltern für den Kindesunterhalt vor den Großeltern, die Kinder vor den Enkelkindern usw. Ist ein vorrangig Haftender nicht oder nicht im vollen Umfang leistungsfähig (1607 Abs. 1 BGB) oder ist gegen ihn eine Rechtsverfolgung im Inland ausgeschlossen oder erheblich erschwert (§ 1607 Abs. 2 BGB), können die nachrangig Haftenden für den Unterhalt in Anspruch genommen werden. Die sog. **Ersatzhaftung** greift damit nicht nur bei fehlender Leistungsfähigkeit des Pflichtigen ein, sondern auch, wenn er sich seiner **Leistung durchschlagend entzieht**, z.B. untertaucht oder entgegen seiner Erwerbsobliegenheit nicht oder nicht ausreichend verdient und deshalb ein Unterhaltstitel nicht vollstreckbar ist.²¹⁹⁷ Eine Ersatzhaftung nach § 1607 Abs. 2 BGB kommt dabei nur in Betracht, wenn nachgewiesen wird, dass Vollstreckungsversuche erfolglos waren oder eine Zwangsvollstreckung keinen Erfolg verspricht, weil der Pflichtige kein vollstreckungsfähiges Einkommen oder Vermögen hat bzw. nicht zumutbar ist, weil der einzige Vermögenswert ein mitbewohntes Haus ist.²¹⁹⁸ Nicht erforderlich ist, dass der originäre Anspruch titulierte wurde.²¹⁹⁹

Bei der Ersatzhaftung ist nach dem Gesetzeswortlaut zwischen den Voraussetzungen des § 1607 Abs. 1 BGB und § 1607 Abs. 2 BGB genau zu **differenzieren**, da an die Bestimmungen andere Rechtsfolgen knüpfen. Dabei hängt die jeweilige Ersatzhaftung nach § 1607 Abs. 1 BGB oder § 1607 Abs. 2 BGB davon ab, welche originäre Haftung zugrunde liegt. Nur bei der Ersatzhaftung nach § 1607 Abs. 2 BGB geht der Unterhaltsanspruch auf den Ersatzhaftenden über, d.h. in diesen Fällen besteht eine **subsidiäre Haftung**.²²⁰⁰ **Bei Anspruchskonkurrenz von zwei gleichrangig Haftenden** stellt sich die Frage des Verhältnisses von § 1607 Abs. 1 BGB zu § 1607 Abs. 2 BGB für die Nach-

2195 So i.E. auch *Hauß* Elternunterhalt Rn. 82.

2196 Vgl. allgemein *Günther* FPR 2006, 347; *Büte* FuR 2005, 433; 2006, 356; *Wendl/Dose/Wönne* § 2 Rn. 910 ff.; *Wendl/Dose/Klinkhammer* § 2 Rn. 787 ff.

2197 *Palandt/von Pückler* § 1607 Rn. 12.

2198 BGH FamRZ 2006, 26; OLG Hamm FamRZ 2013, 899.

2199 OLG Koblenz FamRZ 1989, 307; *Günther* FPR 2006, 347.

2200 *Wendl/Dose/Klinkhammer* § 2 Rn. 800.